GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, julio 28 de 1932. | Número 1865

Director, FERNANDO GARAVITO A.,

Relator de la Corte.

ADVERTENCIA

Con el presente número principia el tomo XXXVIII de la GACETA JUDICIAL. El número anterior (1864) está destinado a los índices y a la Jurisprudencia del tomo XXXVII.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiocho de junio de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez 5° del Circuito de Bogotá, el doctor Helí Mahecha Z. demandó al doctor Francisco Montaña, para que, mediante la tramitación de un juicio ordinario, se declarase por sentencia definitiva:

"a) Que es de la sucesión de la señora Clotilde García o González o Becerra de Barreto, una cuota equivalente a seiscientos ochenta y nueve mil ciento setenta y tres pesos papel moneda, con relación a un avalúo de setecientos mil pesos papel moneda, en una casa de pared y teja, con el terreno en que está edificada y demás anexidades, incluyendo el lote contiguo, donde al tiempo de los inventarios de tal sucesión existía un garaje, marcada la finca con los números 226-A, 226-B y 226-C de la carrera trece de esta ciudad, finca alinderada en general, así, según los linderos antiguos: por el Sur, con casa y solar del señor Juan Acosta; por el Oriente y Norte, con solar de propiedad de Fernando Sánchez, y por el Occidente, con el antiguo Camellón de la Alameda, hoy carrera trece; porción o derecho que fue avaluado en la sucesión de la señora Clotilde de Barreto citada, en la suma de diez y ocho mil pesos oro.

"b) Que es de la misma sucesión el valor de los frutos o arrendamientos de tal derecho o parte a que se refiere el punto anterior, desde el veinte de abril de mil novecientos doce, hasta el día de la entrega de tal parte a la expresada sucesión, frutos que ha percibido y adeuda a tal sucesión el demandado doctor Francisco Montaña, los que estimo a razón de cien pesos oro al mes, o lo que se avalúe por peritos durante el curso del juicio.

"c) Por la sucesión de Ismael Becerra, protocolizada en la Notaría 1ª de Bogotá, por la escritura número 520, de fecha diez de junio de mil novecientos trece, y por el testamento del señor Ismael Becerra, otorgado en la Notaría 2ª de Bogotá el trece de septiembre de mil novecientos siete, bajo el número 1204, le correspondió a Clotilde González o Clotilde García o Becerra, hoy de Barreto, la parte de la finca alinderada y relacionada en los puntos anteriores a) y b), y del dominio de esa parte de tal finca, no se ha desprendido esta señora legítimamente, ni su sucesión.

"d) Es nulo el contrato de permuta celebrado entre Justo Barreto y su esposa Clotilde González o Becerra, por una parte, y el doctor Francisco Montaña por la otra parte, contenido en la escritura número 307, de fecha veinte de abril de mil novecientos doce, otorgada ante el Notario 1° de Bogotá, lo mismo que el contrato contenido en la escritura número 1124, de fecha diez y nueve de agosto de mil novecientos diez y seis, otorgada ante el Notario 1° de Bogotá, contratos que se declaran rescindidos, y por esos contratos se pretendió transmitir al doctor Francisco Montaña el dominio de la parte de la finca relacionada en esta demanda, la cual es hoy de propiedad de la sucesión de la señora Clotilde Becerra de Barreto; pues para tales contratos no se obtuvo previamente, ni se ha obtenido aún, la licencia judicial indispensable que ha debido obtenerse para que la señora Clotilde González o García o Becerra de Barreto, pudiera transmitir el dominio de esa finca raíz o parte de ella.

"e) La señora Clotilde García de Barreto murió, y en su Juzgado cursa el juicio de sucesión de ella, y allí fueron declarados herederos, y lo son, Isabel González de Contreras y Carmen Teodolinda González, como sus hijas legítimas, y éstas me vendieron el cincuenta por ciento de sus derechos y acciones en la expresada sucesión de la señora Clotilde Becerra de Barreto.

"f) El demandado, como consecuencia de las declaraciones anteriores, debe y está obligado a devolver y entregar a la sucesión de Clotilde González o García o Becerra de Barreto, dentro de los términos indicados en los artículos 869 y 870 del Código Judicial, la parte de la finca indicada y alinderada en el punto a) de esta demanda, con sus frutos civiles o arrendamientos indicados en el punto b) de esta demanda, y debe pagar, además, las costas del juicio que hoy inicio.

"g) Las anteriores declaraciones deben hacerse dejando a salvo mis derechos, en virtud de compra que hice de derechos y acciones a Clotilde González o García antes del matrimonio con Justo Barreto, y sobre la cual hay un juicio pendiente que está en la Corte Suprema de Justicia."

En apoyo de estas peticiones citó varios artículos de los Códigos Civil y Judicial y los hechos siguientes:

"1° Por la sucesión de Ismael Becerra, protocolizada en la Notaría 1ª de Bogotá, por la escritura número 520, de fecha diez de junio de mil novecientos trece, y por el testamento del señor Ismael Becerra, otorgado en la No-

taría 2ª de Bogotá, por la escritura número 1204, de fecha trece de septiembre de mil novecientos siete, adquirió la señora Clotilde González, quien es la misma Clotilde García o Becerra, la cuota o parte de la finca indicada y alinderada en el punto a) de esta demanda.

"2º Los arrendamientos de la parte de la finca indicada en el hecho anterior, valen cien pesos oro al mes, o lo que se estime por peritos durante el curso del juicio, desde el veinte de abril de mil novecientos doce, en que tiene esa parte de la finca el doctor Francisco Montaña, demandado, hasta el día en que éste haga la devolución a la sucesión de la señora Clotilde Becerra de Barreto.

"3º El doctor Francisco Montaña tiene en su poder la parte de la finca indicada en los hechos anteriores, en virtud de los contratos nulos contenidos en las escrituras números 307 y 1124, de fechas veinte de abril de mil novecientos doce y diez y nueve de agosto de mil novecientos diez y seis, otorgadas ante el Notario 1º de Bogotá.

"4º Para celebrar los contratos contenidos en el hecho anterior, no se obtuvo ni se ha obtenido la licencia judicial indispensable para esos contratos, por tratarse de bienes raíces determinados, de propiedad de una mujer casada, los cuales el marido estaba y está obligado a restituírlos en especie.

"5º Por falta de la licencia judicial indicada en el hecho anterior, son nulos los contratos citados por los cuales se dijo transmitir al demandado doctor Francisco Montaña el dominio de la parte de la finca raíz a que me he referido en esta demanda, contratos que deben rescindirse, como lo pido en nombre y para la sucesión de Clotilde Becerra de Barreto.

"6º Isabel González de Contreras y Carmen Teodolinda González son herederas de Clotilde García como sus hijas legítimas, y yo soy cesionario del cincuenta por ciento de los derechos y acciones de tales herederas en la dicha sucesión.

"7º Clotilde González o García o Becerra se casó católicamente con Justo Barreto el día diez de agosto de mil novecientos once.

"8º Clotilde Becerra de Barreto murió en Duitama el veintiocho de febrero de mil novecientos diez y nueve.

"9º En el Juzgado de usted cursa el juicio de sucesión de Clotilde Becerra de Barreto, por lo cual es usted Juez competente para el juicio que hoy inicio. (Artículo 162 de la Ley 147 de 1888)."

El apoderado del reo contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones del actor, negando todos los hechos, opuso las excepciones de pleito pendiente, petición antes de tiempo o de un modo indebido, prescripción extintiva de la acción de nulidad, prescripción ordinaria de dominio, ratificación y dolo. Instauró, además, demanda de reconvención, que no prosperó.

Seguido el juicio por sus trámites propios, el Juez falló la controversia accediendo a las peticiones de la demanda; pero el Tribunal Superior de Bogotá revocó ese fallo, y en su lugar dictó sentencia absolutoria.

El demandante interpuso recurso de casación, que la Corte admite por estar ajustado a la ley, y procede a decidirlo, mediante el estudio de la demanda respectiva.

Alega el recurrente la primera causal de casación, y sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente, al considerar que el objeto de la permuta celebrada entre el doctor Francisco Montaña y la señora Clotilde González de Barreto, autorizada por su marido, fue un derecho hereditario y no una casa, un cuerpo cierto.

El Tribunal apreció erróneamente, en concepto del autor del recurso, el testamento del señor Ismael Becerra, según el cual, dejó como legado a su hija natural Clotilde González, la casa que fue materia de la permuta; así como apreció también con error evidente de hecho, la escritura en que dicha permuta consta; pues conforme a ese instrumento, lo dado por la señora Clotilde González en permuta al doctor Montaña, fue la misma casa que la permutante adquirió en razón del legado.

En virtud de esos errores, juzga el recurrente que el Tribunal violó los artículos 1003 y 673 y el 1162 del Código Civil, porque contra estos textos no tuvo a la señora de Barreto por legataria de la casa y por dueña de la misma; por lo mismo quebrantó el artículo 1810, que exige la autorización judicial para la enajenación de los bienes raíces de mujer casada, autorización que no se obtuvo en el contrato de permuta cuya nulidad se demanda, o más bien fue infringido el artículo 1791 del Código expresado, que exige autorización para la subrogación de bienes de la mujer, porque según lo reza la cláusula octava de la escritura de permuta, el ánimo fue de subrogar los inmuebles que se recibieron del doctor Montaña a la casa legada.

Se considera:

El Tribunal entendió que lo que Clotilde González o Becerra transmitió a Francisco Montaña, conforme a la permuta cuya nulidad se pide, fue un derecho hereditario, y para ello se funda en que la permuta se celebró antes de estar registrada la partición de bienes de la sucesión de Ismael Becerra; en que en la cláusula 7ª de la respectiva escritura se dijo: "que para mayor seguridad del comprador Montaña, la otorgante González Becerra le transfiere en la sucesión de su padre, señor Ismael Becerra, un derecho hereditario en la cuantía suficiente para que en la partición respectiva se le adjudique la casa materia de este contrato; en que según consta en la escritura 1124, de diez y nueve de agosto de mil novecientos diez y seis, de la Notaría 1ª, Clotilde Becerra de Barreto y su esposo Justo Barreto, Gonzalo Mora y Francisco Montaña, hicieron varias declaraciones, entre otras, la contenida en la cláusula 4ª, que dice:

"Que por todas estas circunstancias los declarantes se han convencido que lo vendido por la señora Becerra de Barreto a Mora, por escritura número 762, ya citada, lo había vendido ya al doctor Montaña, porque al transmitir a éste la casa que le dio en permuta la señora Becerra de Barreto, el ánimo que existió en ella fue el de transmitirle cualquier derecho que pudiera tener, según aparece de las cláusulas cuarta y séptima de la escritura de permuta"; en que esa fue la intención de los contratantes, y por ende, debe estarse a ella, conforme al artículo 1618 del Código Civil.

Corrobora lo anterior de modo evidente, dice el Tribunal, la circunstancia de que a Clotilde Becerra no le fue adjudicada en la partición de bienes de Ismael Becerra, sino una cuota de la casa que fue objeto de la permuta, lo que quiere decir que ella no tenía un derecho sobre toda la casa, sino un derecho hereditario, que le fue pagado en parte con una cuota sobre dicha casa, y concluye

expresando que siendo legitimaria Clotilde González Becerra por haber sido reconocida como hija natural de Ismael Becerra, el legado de la casa que fue mermado en virtud de la reforma del testamento, se le imputó a su legítima, ya no en calidad de legataria, sino como heredera. Dice así el Tribunal:

"Si, pues, Clotilde González o Becerra es legitimaria de Ismael Becerra, si éste le dejó un legado, si el testamento del causante fue reformado, y si la permuta celebrada con Montaña se verificó antes de estar registrada la partición de los bienes de Ismael, se concluye rectamente que Clotilde no transmitió a Montaña en esa permuta la casa de la carrera trece (13), porque aún no radicaba en ella el dominio de ese inmueble, sino un derecho real de herencia, el cual le daba la acción para ser también legataria, para que se le imputara a su legítima el legado de la mencionada casa, según los artículos 1255 y 1256 ya citados.

Todos estos argumentos llevan al Tribunal a la conclusión de que fue un derecho hereditario, proporcional al valor de la casa, lo que la señora Clotilde González de Barreto transfirió al doctor Montaña, y por lo mismo, decidió que no era necesaria la autorización judicial para la enajenación de ese derecho, que no es una especie o cuerpo cierto.

La Corte estima que no hay un error evidente de hecho en la apreciación de la prueba, ya que por el solo hecho del testamento no podía considerarse a la señora Clotilde González de Barreto dueña de la casa permutada, una vez que mientras no se liquide la herencia no puede saberse si los bienes quedan absorbidos por las deudas hereditarias, o si cuando hay legitimarios, como en el presente caso, quedan sujetos a reducción los legados.

De allí la cláusula 7ª de la escritura de permuta y la aclaración del instrumento otorgado entre la señora González, Mora y Montaña, en que el Tribunal se fundó para entender que el objeto de la permuta había sido un derecho hereditario, hasta concurrencia del valor de la casa, teniendo en cuenta que la señora permutante era legitimaria, y por lo mismo heredera. En tal virtud, y sobre la base de que no está acreditada la acusación sobre error de hecho evidente en la apreciación del testamento del señor Ismael Becerra, y de la escritura de permuta, no prospera la acusación que ha sido objeto del estudio anterior.

Pero el recurrente arguye que aun en el supuesto del Tribunal, la enajenación de los derechos de herencia de mujer casada, si hay bienes raíces, está sujeta a la formalidad de la autorización judicial, porque la herencia, según el artículo 1008 del Código Civil, es una comunidad, y por lo mismo, los herederos son comuneros en cada uno de los bienes hereditarios; de modo que la enajenación de un derecho hereditario es necesariamente enajenación de una parte proindiviso de cada uno de los inmuebles de que la herencia se compone. Concluye el recurrente diciendo que desde este punto de vista también fueron violados los artículos 1810, 1791 del Código Civil, que exigen licencia judicial cuando haya de enajenarse bienes raíces de la mujer casada; licencia que el Tribunal no halló necesaria en el caso del pleito.

La Corte observa que existe una diferencia capital entre la comunidad en un acervo de bienes, como ocurre en el caso de las herencias indivisas, y la comunidad en una cosa determinada. En sentencia de casación de 30 de julio de 1917, Gaceta Judicial, tomo 26, página 12 esta superioridad se expresó así:

"Para la Corte no está justificado tampoco este mot vo de casación, porque es necesario distinguir entre la comunidades en un acervo de bienes y la comunidad e una cosa determinada. Respecto de las primeras, nin guno de los partícipes tiene cuotas de dominio definid en cada uno de los bienes que constituyen el acervo c mún, de modo que al hacerse la partición, bien puede vincularse los derechos de los comuneros en distint bienes; en tanto que en lo que toca en la segunda com nidad, la cuota de dominio está radicada en una cosa d terminada, y puede procederse a la división material a la venta, según el caso. Ninguna disposición legal opone a que la primera comunidad pueda resolverse e varias de la segunda naturaleza, pues hay una diferenc cardinal entre las dos."

Ahora, respecto a la debatida cuestión referente a la venta de derechos hereditarios de mujer casada, cua do en la herencia hay bienes raíces, requiere la forma dad de la licencia judicial, prevenida por el artículo 18 del Código Civil, la Corte, en reciente sentencia, ha lleg do a la conclusión siguiente:

"La Corte, no sin reconocer que militan razones conveniencia a favor de la tesis del permiso judicial pa la enajenación de derechos hereditarios de mujer cas da, ha sostenido en varios fallos la doctrina sustenta por la sentencia de 1898, cuyo principal fundamen estriba en la verdad jurídica de que los derechos de h rencia, aunque se refieran a determinados bienes, no s una especie o cuerpo cierto. Entre otras, puede ver la reciente sentencia de fecha veintinueve de ju de este año, dictada en el pleito de María Josefa Ler de Escobar contra Policarpo Garcés y Teodoro Lenis, s bre restitución de una casa.

"Y es que para variar una doctrina que ha subsisti cerca de veintinueve años, y a cuyo amparo pueden hab se ejecutado múltiples transacciones y creado much derechos, es preciso llegar al convencimiento de que s manifiestamente errónea, lo cual no sucede en el pr sente caso; pues la interpretación dada al artículo 18 del Código Civil, tiene atendibles fundamentos."

El Tribunal considera que la escritura número 1124, diez y nueve de agosto de mil novecientos diez y se contiene una verdadera ratificación de lo pactado en instrumento número 207, de veinte de abril de mil no cientos doce, en que consta la permuta cuya nulidad demanda, y es otro título en favor de Montaña.

Agrega el sentenciador que el doctor Mahecha dem dó la nulidad del contrato a que se refiere la supracita escritura; pero como en él fue parte el señor Gonz Mora, y no fue demandado en este juicio, es claro que acción de nulidad, entablada a este respecto, no pu prosperar, porque la nulidad sólo puede decretarse cu do hay lugar a ella, con audiencia y citación de todos que han sido parte en el acto o contrato acusado de n Siendo esto así, concluye el Tribunal, rige el contr expresado, y mientras subsista no puede declararse la sucesión de la señora Clotilde Becerra de Barreto dueña de la cuota determinada en la demanda respe de la casa de la carrera trece.

Estima el recurrente que el Tribunal erró de hecho la apreciación del contrato a que se refiere el ante

considerando de la sentencia, porque ese contrato se descompone en dos: uno en que la señora González o Becerra y su marido por una parte, y el señor Gonzalo Mora por otra, declaran resuelta y sin ningún valor ni efecto la venta que le hicieron a Mora de los derechos y acciones que como hija natural le correspondieren a la señora Becerra en la parte de bienes que crea le pertenezcan en la sucesión del expresado señor Becerra. El otro contrato que consta en la escritura supradicha, es el celebrado entre Montaña y Mora, por el cual éste le transfiere a Montaña cualquier derecho que haya adquirido por el contrato a que se ha hecho alusión, y que radique sobre la casa que fue materia de la permuta, objeto principal de este litigio.

Conviene el recurrente en que el primer contrato, o sea el de resolución, pasado entre la señora González, autorizada por su marido, y el señor Mora, no es nulo, y que en caso de que estuviera viciado de nulidad no podía decretarse ésta sin audiencia de Mora; pero observa que el segundo contrato, o sea el celebrado por Mora y Montaña, en que aquél le transfiere a éste los derechos adquiridos por un contrato que acaba de declararse sin ningún valor, carece de objeto, y aunque la nulidad no podía declararse sin audiencia de Mora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, debió prescindir de esa escritura como título, y como no lo hizo, incurrió en error de derecho en la apreciación de la escritura que tal contrato contiene, y violó los artículos 1325 y 950 del Código Civil, por no haber declarado la reivindicación.

Se considera:

El Tribunal estima que el contrato que se acusa de nulo fue una verdadera ratificación, por las declaraciones que en él hicieron los esposos Barreto-Becerra, de haber vendido a Montaña un derecho hereditario proporcional a la casa permutada anteriormente, de modo que bien pudo prescindir el Tribunal de la venta que hizo Mora a Montaña de derechos que no tenía, para concluír, no por esa venta sino por la ratificación dicha, que la escritura que tales estipulaciones contiene era otro título a favor de Montaña. Por lo demás, la declaración de nulidad absoluta del contrato pasado entre Mora y Montaña, o la de inexistencia de ese contrato, así como la declaración de invalidez de las estipulaciones pasadas entre Clotilde González o Becerra y Mora, no podían hacerse sino en un juicio en que fuera parte el contratante Mora.

De otro lado, en el contrato que se estudia, la señora Clotilde González repite la cláusula 7ª de la escritura de permuta, por la cual la otorgante González le transfiere a Montaña en la sucesión de Ismael Becerra un derecho hereditario, en la cuantía suficiente para que en la partición respectiva se le adjudique la casa materia de la permuta.

Y ya se ha visto que esta cláusula fue uno de los argumentos que indujeron al Tribunal para conceptuar que no fue un cuerpo cierto, una especie, sino un derecho hereditario, lo que Clotilde González dio a Montaña en cambio de las casas y el dinero que éste entregó por su parte en el contrato de permuta.

Arguye el recurrente que el Tribunal violó el artículo 1325 del Código Civil, porque subordinó la acción reivindicatoria a la nulidad de la permuta, siendo así que el actor estableció la demanda de dominio independiente de la de nulidad. El Tribunal incurre, en sentir del autor del recurso, en error de hecho en la interpretación de la demanda, ya que en ella aparecen aisladas y bien definidas las referidas acciones. Y si el doctor Montaña no adquirió la casa en virtud de la permuta, como lo entiende el Tribunal, sino un derecho de herencia, bien pudo reivindicarse dicha casa o una cuota de ella en favor de la sucesión de Clotilde de Barreto, ya que en favor de esta señora se hizo la respectiva adjudicación.

Se considera:

El sentenciador entendió que, habiendo transmitido la señora Clotilde González o Becerra al doctor Montaña un derecho hereditario en la cuantía suficiente para que le fuera adjudicada en la sucesión de Ismael Becerra la casa materia del litigio, mientras estuviera vivo, el contrato de venta de ese derecho, no cabía la reivindicación, una vez que Montaña sustituía a la vendedora en la cuota hereditaria que fue objeto de la enajenación. Y si Montaña no intervino en la partición con el derecho que le otorgaba el artículo 1377 del Código Civil, no por ello ha de concluírse que la adjudicación de una cuota de la casa, hecha a la vendedora, le diera a ésta el dominio; pues conforme al artículo 752 del Código Civil, si el tradente enajena una cosa de la cual no era dueño, y luégo adquiere el dominio de ella, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición.

En subsidio, alega el recurrente la causal 2ª, por cuanto en su concepto la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ya que se dejó de resolver sobre el dominio de la parte proporcional de la casa y sobre la reivindicación de esa parte independientemente de las nulidades. Sólo se resolvió sobre éstas, de las cuales se hizo depender la declaración de dominio y la reivindicación, habiéndose pedido la declaración de dominio en primer lugar, y pudiendo la reivindicación ser sólo consecuencia de esa declaración, si la permuta y el otro contrato no son títulos de dominio.

A esto se observa que el Tribunal no dejó de fallar ninguna de las acciones instauradas por el actor, desde luégo que la sentencia fue absolutoria de todos los cargos de la demanda. Y la razón que dio para ello fue la de hallar que era un obstáculo para declarar el dominio en favor de la sucesión de González de Barreto, la venta que esta señora hizo al demandado de sus derechos hereditarios en la cuantía suficiente para que le fuera adjudicada la casa cuya propiedad alega la parte actora, de modo que mientras no se invalidara esa venta, no podía proceder la reivindicación.

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

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez, Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de San Juan de Córdoba instauró el señor Francisco Elías una demanda contra el señor José Francisco Robles Samper, "para que por una sentencia definitiva, legalmente ejecutoriada, en juicio ordinario de mayor cuantía, oyendo al citado señor, se hagan en favor del suscrito las siguientes declaraciones, y siendo la primera principal y la segunda subsidiaria, y para que, como consecuencia de esas declaraciones, bien de la principal o de la subsidiaria, se le condene a hacer o ejecutar lo que se pide, seguidamente después de enunciarlas:

"1ª Que el predio de propiedad del suscrito, constante de noventa y seis (96) hectáreas, siete mil novecientos sesenta y ocho metros, ubicado en el caserío de Orihueca, Corregimiento de Ríofrío, Distrito de Ciénaga, limitado por el Norte, con terrenos de propiedad de la United Fruit Company; por el Sur, terrenos del joven José Antonio Robles, que pertenecieron a la señora Catalina Elías de Politano; por el Este, la Sierra Nevada de Santa Marta; y por el Oeste, la línea del ferrocarril de Santa Marta, no está obligado a soportar o servir una servidumbre de acueducto, en el concepto de ser servidumbre legal, en beneficio de un predio de propiedad del señor Robles Samper, ubicado en los mismos Corregimiento y Distrito, alinderado por el Norte, terrenos de Delia Elías, línea férrea en medio; por el Sur, terrenos ocupados actualmente por el señor José María Campo; por el Este, la cordillera, y en parte la línea férrea, y por el Oeste, el camino real de Valledupar.

"2ª Que dicho predio, de propiedad del suscrito, no está obligado, en especial, a soportar o servir una servidumbre de acueducto, en el concepto de ser ella una servidumbre legal, por la zona por donde actualmente pasan dos canales artificiales, ni siquiera uno solo de ellos, que vienen: el uno, de un terreno de propiedad de la United Fruit Company, que limita por el Norte el predio del suscrito, describiendo una curva en el curso de la cual se forma el nivel natural y se contraría el libre descenso de las aguas, y con el cual rumbo se atraviesa el predio del infrascrito, para llegar, a través de otros dos predios, al predio del demandado; y el otro, que arranca del canal anteriormente mencionado, en un punto que queda en el centro del área del fundo del suscrito, y sigue por la parte suroeste del predio del señor Robles Samper.

Como resultado o consecuencia de las anteriores declaraciones, o de cualquiera de ellas, y de las pruebas que logre llevar al juicio, pido que sea condenado el señor Robles Samper a demoler, destruír y abandonar las obras materiales construídas por él, para su uso y provecho, consistentes en los canales dichos, por donde se derraman aguas en parte del predio del demandante que ya se ha demarcado. Esos canales consisten en dos zanjas o acequias de las acostumbradas para las acequias o acueductos comunes, y hay en ellos alzamientos, trancas, paredes laterales, y hasta cortos espacios de los canales mismos, construídos o edificados con concreto y ladrillo, muchas de las cuales construcciones están en el fundo del suscrito, sobre todo las más gravosas e importantes; que sea condenado también a pagar al suscrito, por vía de indemnización o de frutos de la zona ocupada co obras, las sumas legales, a partir del tiempo en qu pezó a servirse del predio ajeno, o, en su defecto, el día en que conteste la presente demanda, o en llegue el tiempo legal de contestarla, sea que lo ha nó; y que en estos pagos quede comprendido todo el que resulte debiendo en razón de esas obras; y q pago abarque todo el tiempo en que permanezca destruír, demoler o abandonar esos canales o sea que el predio del demandante vuelva a quedar en s tado primitivo, o el valor de la zona, según la ley."

Hé aquí los hechos fundamentales de la demanda

"1º El 25 de diciembre de 1873 formóse la sociedad yugal de los señores José Antonio Elías y Josefa F ño; por escritura pública número 11, de fecha 13 d brero de 1889, adquirió esa sociedad, por medio de s presentante legal, un globo de terreno, fracción del mayor denominado las **Playitas de Ríofrío**, ubicad el Corregimiento de Ríofrío, Distrito de Ciénaga, al rado, por el Norte, el Ríofrío; por el Sur, terrenos d ñor Labarcés; por el Este, la cordillera (Sierra Ne de Santa Marta), y por el Oeste, terrenos también d ñor Labarcés; y tal sociedad disolvióse por la muer la esposa el 6 de marzo de 1910.

"2º Desde esa fecha ese bien raíz quedó perteneci a la sucesión intestada de la señora Josefa Fandif Elías, donde tenía derechos su esposo, señor José An Elías, a título de gananciales o de porción conyug los herederos legítimos de dicha señora, entre los c se contaba el suscrito; y el dominio y la posesión d globo de terreno pasó, más tarde, de la sucesión, en munidad, al patrimonio de sus herederos; y al suscr fue adjudicado el lote demarcado en la primera par este escrito, con título traslaticio de dominio qu debidamente legalizado.

"3º En 1910 el señor José Antonio Elías, asociado a ñor Clemente J. Ropaín, construyó un canal arti o acueducto para sacar una paja de agua del Rí destinada al riego que les conviniera hacer en ter que estuviesen en la orilla sur del río; y esta acequia desde el principio, una dirección casi paralela a la gen sur del citado río, hacia los terrenos del señor paín, denominados **Tachuelar**.

"4º También en el año de 1910 los señores José A nio Elías y Clemente J. Ropaín vendieron al señor Francisco Robles Samper una tercera parte, cada del derecho que ellos tenían, como primitivos cons tores, en el canal artificial dicho y en las aguas que allí salían del río, pues éstas son de uso público en los pectivos territorios y cuando corren por un cauce ficial corresponden, legalmente, a quienes lo ha construído.

"5º Por escritura pública número 195, de fecha 2 diciembre de 1905, había comprado el señor José F cisco Robles Samper un globo de terreno a la señora quel González, también en el globo nombrado **Las yitas de Ríofrío**, y a principio de 1911, dicho señor, este terreno y el agua comprada a los señores Elí Ropaín, emprendió cultivos de bananos. Para ll aguas de las acequias, entonces de la comunidad E Ropaín, Robles Samper, al lote comprado a la se Raquel González, sin pedir permiso a los dueños de terrenos intermedios, ni proceder al establecimient una servidumbre legal de acueducto con la interven

del Poder Judicial, ni siquiera cumpliendo las reglas del Código de Policía vigente en esa época y sin estudiar y escoger una dirección que, siguiendo el descenso natural de las aguas, atravesara los predios ajenos por la parte más corta, como habría ocurrido si se hubiera alzado más el punto de arranque y acercado más el ángulo formado por la línea férrea y el lindero norte de su predio, sacó un canal parcial del cauce general de la comunidad, en el punto que convino a los tres comuneros para lugar de repartición y dándole una dirección desde el Norte hacia el Suroeste, atravesó el terreno, entonces de la sucesión de la señora Josefa Fandiño de Elías, derramando por allí sus aguas, llevólas a su predio, por un punto del lindero Este que queda cerca del kilómetro 53 de la línea férrea; y esta situación, y su poco escrúpulo de tomar lo ajeno sin la voluntad de su dueño, le economizó de hacer gastos, gestiones y estudios.

"6° Por escritura pública número 232, de fecha 16 de mayo de 1913, el señor José Antonio Elías vendió a la United Fruit Company los derechos hereditarios que tenía en la sucesión de su esposa y su derecho en la tercera parte del canal sacado del Ríofrío y en las aguas que por allí se derraman; y la mencionada sociedad anónima entró a poseer, a título de comunera, la mitad del terreno de la sucesión dicha y la tercera parte de las aguas y del canal; y así por razón de estos actos, la comunidad del canal quedó formada por los dueños Repaín-United Fruit Company-Robles Samper.

"7° Era tan pequeña la ventaja que hubiera producido desde 1911 la negativa de parte de los herederos de la señora Josefa Fandiño de Elías ante la consideración de vínculos amistosos y sociales, apreciados, que toleróse —sin consentirlo—el acto de una apropiación indebida de los bienes hereditarios; y lo que fue en los dueños del terreno rasgo de resignación ante el hallazgo de un amigo que desea ser rico por medios baratos, prevalido de la amistad misma, fue tomado por el señor Robles Samper como prueba de que nunca los dueños cuidarían y defenderían su propiedad; y parece que entonces creció le el afán de seguir enriqueciéndose a costa de los herederos de la señora Josefa Fandiño de Elías.

"8° Por escritura pública número 584, de fecha 4 de noviembre de 1913, compró a Julio R. Sánchez otro globo de terreno, también fracción del general, nombrado **Las Playitas de Ríofrío**, y separado del anterior por la línea férrea, en los linderos Este y Oeste, respectivamente; de este modo aumentó su predio con una porción considerable de terreno y trató de emprender en grande escala los cultivos de bananos.

"9° Había, sin embargo, el inconveniente de que, habiendo aumentado su predio con tierras que quedaban hacia el lado Este, para el cual rumbo va alzándose el nivel natural del terreno, porque allí se encuentran las últimas alturas de la cordillera, las aguas sacadas del canal común no podían regar esa tierra por el canal que venía usando.

"10. Entonces, sin estudios técnicos, y con sus acostumbrados procedimientos baratos, construyó un nuevo canal, para el cual utilizó la parte del canal anterior que arranca del canal madre y llega al centro de la superficie del terreno vendido por el señor José Antonio Elías a la United Fruit Company, fue alzando poco a poco el nivel del canal hacia el Este, para llevarlo por el lindero norte de su predio.

"11. Siendo el lote del suscrito que queda demarcado en esta demanda, un polígono irregular, en forma, casi, de un ángulo agudo, que va abriéndose desde la parte más angosta sobre los estribos de la cordillera, hasta la parte más ancha, la línea férrea se le atraviesa por su parte más corta; si el acueducto se saca de un punto más arriba de donde se hace la repartición de las aguas entre los tres comuneros, y con esto se va siguiendo el libre y natural descenso de las aguas; pero esto produciría, para el señor Robles Samper, un aumento de gastos en la construcción del pedazo de canal que pudo utilizar del anterior, pero esas contingencias y cálculos no están previstos en su favor por la ley, y en tal concepto, el rumbo más corto es el que pueda darle el suscrito, cuando, como en este caso, ese rumbo más corto es también el más económico, ya que al establecerse la servidumbre de un acueducto, no hay porqué tener en cuenta obras ya hechas para otros usos y fines, en forma arbitraria e ilícita.

"12. Pero hay más: deseaba el señor Robles Samper regar su predio por dos puntos distintos, para mayor comodidad y beneficio de sus labores agrícolas, y para ello abrió otro canal, sacado del acueducto ya mencionado, y que es como una ramificación de él; éste se abre en el centro, más o menos, del predio del suscrito, va más inclinado hacia el Suroeste, y encuentra el canal primitivo para salir por el mismo rumbo hacia su predio, pasando la línea férrea cerca del kilómetro 53.

"13. Utiliza, pues, del canal primeramente construído, un pedazo en la salida del canal madre, y otro, en la entrada a su predio por el kilómetro 53.

"14. La curva descrita por el canal que derrama más volumen de aguas sobre el predio del suscrito, puede enderezarse; la salida puede alzarse hacia el Este, al salir del canal madre, y de este modo, al mismo tiempo que hace más corta la servidumbre, es menos costosa y hasta las aguas, en vez de ir con nivel forzado, van siguiendo el descenso natural de la corriente.

"15. El hecho de tener que llevar las aguas con un nivel inconveniente, dada la condición quebrada del terreno, y el sacar un segundo canal por el mismo predio para constituir dos canales en vez de uno, ha hecho necesario construir alzamientos, pasadizos, muros laterales y trancas o tomas, todo de concreto y ladrillos, las cuales edificaciones obstaculizan el predio del suscrito, y en parte se oponen al curso de quebradas naturales, con lo cual en invierno se inundan los terrenos.

"16. Tratándose de una servidumbre que se crea establecida en la ley, como legal, ella es verdad que no requiere la sentencia judicial en todos los casos, pero la ley sobre la materia ha hecho de preferente aplicación a las servidumbres, sin distinguir la constitución del goce y la extinción, las disposiciones del Código de Policía, y al tenor de los reglamentos dichos en esta región y en el tiempo en que necesitaba el señor Robles Samper llevar aguas a su predio, en el segundo semestre de 1914, cuando más, el rumbo y dirección de las servidumbres legales de acueducto se fijaban con la intervención de peritos y de las partes. De esta manera había medios de tener en cuenta la justicia de los intereses de cada parte. Por más que haya derecho a conceder una servidumbre legal de acueducto, jamás puede aceptarse que semejante limitación del dominio quede sujeto a los planes y ventajas exclusivos de una sola parte.

"18. El demandado, al servirse de un predio ajeno y gravarlo de hecho, ha cometido un delito en cuanto ha usado una cosa ajena sin el consentimiento del dueño, o una culpa por el daño causado que le es imputable. Debe, pues, una compensación adecuada a la infracción de la ley y al atentado a la propiedad privada de sus vecinos; y por ello debe la indemnización o el valor del uso que ha hecho y continuará haciendo de lo que no es suyo.

"19. Debe también el valor de la zona ocupada por la construcción del canal en los términos de la ley.

"20. Como demostración de cómo sabe el señor Robles Samper que le falta razón en esta demanda, se aduce el hecho de que en el año pasado compró él a su hijo, para él, un lote de terreno adyacente a éste y de igual extensión que era de la señora Catalina Elías de Polítano, para impedir que dicha señora o su esposo lo demandaran de este mismo modo, o por otra vía legal más rápida y parecida a la usada por el señor Robles Samper al constituír los canales.

"21. Se une expresamente la propiedad del causante del suscrito a la que ahora se alega, y lo mismo la posesión, tomando ésta con sus calidades y vicios."

El señor Robles Samper contestó la demanda por medio de un apoderado, quien resumió así su pensamiento:

"Se trata de una acción negatoria de la servidumbre legal de acueducto, como principal, y de otra subsidiaria en que se pide, caso de reconocer la servidumbre legal, que debe ejercerse por otro modo particular, atravesando los canales otra zona del terreno. Sobre estas bases se pide como consecuencia que se ordene la demolición y abandono de las obras construídas. Pero en primer lugar, la consecuencia no es consecuencia, puesto que el acueducto construído puede estar autorizado por una servidumbre voluntaria, como en efecto lo está, así: por contrato entre mi poderdante y el causante del derecho que dice tener el autor, y por prescripción. (La prescripción puede referirse también al modo particular de usar la servidumbre: artículo 945 del Código Civil). En el juicio no se puede discutir la existencia de la servidumbre voluntaria, porqué nada se ha demandado al respecto. La servidumbre legal existe con arreglo a los artículos 919 del Código Civil y 54 del Fiscal, porque el predio sirviente se interpone entre el Ríofrío y el predio dominante, que carece de otras aguas de riego.

El demandante carece además de la acción negatoria, por no ser dueño del terreno, que es baldío. Para que la acción prospere, por otra parte, es necesario acreditar que mi poderdante continúa siendo dueño del terreno.

Cuando se trata de servidumbre nada se debe por concepto de frutos ni de indemnizaciones de carácter delictuoso. A lo más se debe el precio de la faja ocupada por los canales, conforme a la ley. Esto último se niega porque el demandante no es dueño, porque al vender Antonio Elías a Robles Samper la tercera parte del acueducto, vendió la parte proporcional al terreno ocupado por éste, y porque cualquier derecho que hubiera está prescrito." (Folio 131).

El catorce de noviembre de mil novecientos veinticinco el Juez profirió sentencia, negando las declaraciones de la demanda.

Apeló el apoderado del demandante, y el Tribunal Superior de Santa Marta, en sentencia de treinta de noviembre de mil novecientos veintisiete, falló así el litigio:

"Por todo lo expuesto, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y dispone a su vez que no hay lugar a la servidumbre de acueducto entre los predios del demandante y del demandado Francisco Elías y José Francisco Robles Samper; que deben demolerse las obras que caracterizan el actual acueducto de las fincas nombradas y condena al demandado al pago de los perjuicios que se tasen en juicio aparte."

Robles Samper interpuso recurso de casación contra esta sentencia.

El apoderado de Elías ante la Corte llama la atención de ella hacia la circunstancia de que el alegato del recurrente no tiene las condiciones exigidas por el artículo 9º de la Ley 90 de 1920; pero como aquella pieza, aunque deficiente, expresa en cuanto a la primera causal, disposiciones legales cuya violación acusa y varios conceptos en que hace consistir la violación, la Sala admite el recurso, ya que éste reúne, por lo demás, las otras condiciones requeridas en orden a la cuantía y naturaleza del negocio.

Se aducen para sustentar la casación, las causales 1ª y 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Respecto de la segunda, se afirma que la sentencia acusada, al decidir el litigio restringido de servidumbre legal, extendiéndolo a la libertad absoluta del predio sirviente, falló evidentemente más allá de lo pedido, con lo cual incurrió en la causal que se estudia.

Expone el recurrente:

"Don Francisco Elías pide que se declare su predio libre de la servidumbre legal de acueducto, afirmando que tal gravamen está de años atrás establecido en favor del predio del señor Robles Samper. Si esta acción prospera, querrá decir que tal servicio no tiene la calidad de servidumbre legal, se consigue la libertad de la finca; pero sólo por el concepto demandado. El fallo no puede pasar adelante, ordenando la destrucción del canal y demás obras por las cuales se ejercita el servicio, pues para obtener este resultado habría sido preciso que el actor hubiera demandado la libertad completa de su finca de la servidumbre de acueducto, como servicio legal y de cualquiera otra clase."

La Corte responde:

El Tribunal consideró que se trata de una acción negatoria, que, por ello, incumbía al demandado dar la prueba del derecho con que ejercita el gravamen y que tal prueba no la adujo. Partiendo de estas premisas, declaró sin lugar la servidumbre de acueducto entre los predios del demandante y el demandado y ordenó la destrucción de las obras que caracterizan el actual acueducto.

Como consecuencia de las dos peticiones de la demanda, principal y subsidiaria, solicitó Elías la condenación de Robles Samper a demoler, destruír y abandonar las obras construídas por él para el aprovechamiento del canal, a lo cual accedió el sentenciador; mas como esto estaba expresamente demandado, no es dable sostener que, al proceder así, el Tribunal condenó a más de lo pedido. No se ha incurrido, pues, en la segunda causal de casación por este aspecto.

También se alega para apoyar esta causal, aunque ya en el concepto de defecto, que el Tribunal no falló sobre la excepción de prescripción, oportunamente deducida por el reo.

Dice la sentencia:

"Y en cuanto a la prescripción, enunciada, no alegada, tanto sobre la servidumbre misma como de los perjuicios cobrados por ella, nada puede resolverse tampoco por la razón sencilla de que no fue ni siquiera alegada para ninguno de los casos por el demandado."

Anota el recurrente que la ley no ha establecido determinadas expresiones para oponer una excepción y que la de prescripción fue alegada por el apoderado del opositor en los siguientes pasajes de la contestación de la demanda:

"Es bien singular que el demandante fuera a hacer cambiar ese rumbo más de diez años después de construído el canal, cuando a la servidumbre legal, a la voluntaria emanante de un contrato, se añade la voluntaria ganada por prescripción (artículo 945, Código Civil y 9° de la Ley 95 de 1890)."

"Pero en primer lugar la consecuencia no es consecuencia, puesto que el acueducto construído puede estar autorizado por una servidumbre voluntaria como en efecto lo está así: por contrato entre mi poderdante y el causante del derecho que dice tener el autor, y por prescripción (la prescripción puede referirse también al modo particular de usar la servidumbre: artículo 945 del Código Civil."

Agrega el recurrente:

"De estas transcripciones deduzco que el demandado sí alegó u opuso en la debida oportunidad la excepción en cita, y, que, por lo mismo, el Tribunal reincidió por omisión en la causal segunda alegada."

Estímase procedente el cargo. Para la Corte, la excepción está propuesta en los párrafos transcritos de la contestación de la demanda, porque en éstos aparece clara la intención, no simplemente de enunciar, sino de aducir en defensa del reo la prescripción adquisitiva de la servidumbre o de determinado modo de ejercerla. Y no se diga que ha debido acusarse por error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas en que se contiene la alegación, pues ésta en donde se halla es en la contestación de la demanda y basta leer aquellos párrafos y la sentencia para deducir la omisión del fallo acerca de semejante punto por el sentenciador. Tanto más necesario era decidir sobre la excepción cuanto el Tribunal consideró probada la acción. Así es que la sentencia ha de ser anulada, de conformidad con el artículo 61 de la Ley 100 de 1892.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma por segunda causal la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Santa Marta, con el fin de que éste dicte una resolución no deficiente, o sea comprensiva también de la excepción de prescripción.

Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Abel Domínguez, en representación de su mujer, demandó por medio de apoderado, a los señores Evaristo Naranjo, Antonio J. Latorre y Mateo Vally, para que se declarara:

"Primero. Que es de la exclusiva propiedad de la sucesión del señor Tiberio Sánchez, el lote de terreno situado en la margen izquierda del río Cali, y alinderado así: al Norte, calle al medio, con propiedad o predio de los herederos de Petrona Naranjo; al Sur y Oriente, con el río Cali, y al Occidente, con el lote de terreno que el señor Tiberio Sánchez cedió gratuitamente a Celia, Elvira y María Reyes.

"Segundo. Que, en consecuencia, el demandado **Evaristo Naranjo** está obligado a restituir, a favor de la sucesión de Tiberio Sánchez, representada por la señora Jenarina Sánchez de Domínguez, tres días después de la notificación del fallo, la porción que de dicho lote de terreno, antes especificado, tiene ocupado bajo cercas, y cuyos linderos especiales son: por el Norte, calle al medio, con predio de los herederos de Petrona Naranjo; por el Oriente, con parte del mismo lote, ocupada por el demandado, señor doctor Antonio J. Latorre; por el Sur, con el río Cali, y por el Occidente, con parte del mismo lote, materia de la litis, y que ocupa el demandado señor Vally.

"Tercero. Que los demandados, doctor **Antonio J. Latorre** y **Mateo Vally**, están igualmente obligados, dentro del término indicado en la anterior declaración, a restituír, a favor de la sucesión en referencia, las porciones del lote de terreno materia de la litis, y que respectivamente ocupan Latorre, al oriente de la que ocupa Naranjo, y Vally, al occidente de la misma porción ocupada por Naranjo, y especificada en el postulado que precede.

"Cuarto. Que los demandados Naranjo, Latorre y Vally están obligados a indemnizar a la sucesión del señor Tiberio Sánchez, representada por la señora Jenarina Sánchez de Domínguez, los perjuicios que respectivamente, y en relación con las porciones ocupadas, han causado **como poseedores de mala fe.**

"Quinto. Que asímismo están obligados, como poseedores de mala fe, a pagar el valor de los frutos correspondientes a las respectivas porciones que han venido ocupando.

"Sexto. Que se les condene al pago de las costas, si afrontan la litis que inicia el presente libelo."

El Juez de la causa falló:

"1° No están probadas las excepciones propuestas por el demandado Naranjo en su alegato de bien probado.

"2° Es de la exclusiva propiedad de la sucesión de Tiberio Sánchez el lote de terreno ocupado por los demandados situado en esta ciudad, en la margen izquierda del río Cali, y alinderado así: Norte, calle al medio, con propiedad o predio de los herederos de Petrona Naranjo; Sur y Oriente, con el río Cali, y Ocidente, con el lote de terreno que el señor Tiberio Sánchez donó a Celia, Elvira y María Reyes.

"3° Los demandados Evaristo Naranjo y Antonio J. Latorre, mayores de edad y vecinos de este Distrito, restituirán a la nombrada sucesión, dentro de tres días des-

pués de notificados de este fallo, la parte del lote de terreno determinado y alinderado como se ha visto en el punto anterior que en la actualidad ocupan.

"4º Los demandados pagarán a la sucesión los frutos percibidos o que hubieren podido percibir, si el lote hubiere estado en su poder, desde la contestación de la demanda hasta el día en que se verifique la entrega del bien reivindicado. Esta apreciación se hará en juicio aparte.

"5º Absuélvese a los demandados de los otros cargos formulados en los postulados cuarto y quinto del libelo de demanda. Sin costas."

El Tribunal de Cali confirmó el fallo del Juez. Contra este proveído se interpuso recurso de casación por parte de los demandados Naranjo y Latorre, recurso que se admite.

Para la comprensión del asunto, precisa rememorar estos antecedentes:

El lote de terreno que hoy pretenden reivindicar los demandantes, fue adquirido por el señor Tiberio Sánchez, por la escritura número 12, de ocho de enero de mil ochocientos noventa.

De una parte de ese lote, el comprador hizo donación a Celia, Elvira y María Reyes; otra parte la vendió a Jenarina Sánchez de Domínguez, su hija, y el resto se lo reservó para sí.

Sánchez casó con la señora Elisa Byrne, en quince de marzo de mil ochocientos sesenta y seis, y murió el cinco de marzo de mil novecientos tres.

Según estos datos, el lote de terreno que hoy se disputa, fue adquirido durante la sociedad conyugal Sánchez-Byrne, y debe reputarse como de pertenencia de esa sociedad.

Muerto el señor Sánchez, su cónyuge y los herederos extendieron la escritura número 404, de veintiuno de octubre de mil novecientos cuatro, en la cual consignaron las cláusulas del arreglo amigable que celebraron, para evitar diferencias entre los otorgantes, por causa de la sucesión del señor Sánchez. En esa escritura no se menciona el lote de terreno materia de la litis.

El recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, por cuanto se reconoció la acción reivindicatoria invocada a favor de la sucesión de Tiberio Sánchez, siendo así que el bien reivindicado fue adquirido durante la sociedad conyugal, como atrás se ha visto. Ese bien no perteneció a Tiberio Sánchez, ni a su sucesión.

También alega el recurrente violación de los artículos ya citados, y error de hecho evidente en la apreciación de la escritura número 404 mencionada, error consistente en que en esa escritura no figura para nada el lote en disputa, y por tanto, por ese acto escriturario no pudo transmitirse el dominio de ese lote a Tiberio Sánchez, hoy a sus herederos.

Para la Corte prosperan estas acusaciones del recurrente, y por ello no hay para qué examinar los otros reparos.

En efecto: consta que Tiberio Sánchez contrajo matrimonio con la señora Elisa Byrne el quince de marzo de mil ochocientos sesenta y seis (folio 8, cuaderno 4º, pruebas del demandado Naranjo); que el lote disputado fue habido por escritura número 12, de ocho de enero de mil ochocientos noventa, y que Sánchez murió el cinco de marzo de mil novecientos tres. Ese bien fue adquirido por la sociedad conyugal, en virtud de lo dispuesto por los artículos 180 y 1781 del Código Civil, y desde la fecha de su adquisición entró a formar parte del haber social.

Sánchez murió, como se ha visto, en mil novecientos tres, y no aparece de autos que se hubiera liquidado la sociedad conyugal Sánchez-Byrne, y que en esa liquidación se le hubiera adjudicado a los herederos de Sánchez el lote a orillas del Cali, y si esas comprobaciones faltan, hay que reputar que el bien sigue siendo de la sociedad conyugal ilíquida Sánchez-Byrne.

Pero se objeta que los herederos arreglaron la sucesión de Sánchez y liquidaron la sociedad conyugal Sánchez-Byrne por medio de la escritura número 404, de veinticinco de octubre de mil novecientos cuatro.

Sin entrar a estudiar si el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge muerto, pueden, aunque sean mayores de edad, liquidar la sociedad conyugal y la sucesión, sin permiso judicial, es lo cierto que, dándole valor al acto que contiene esa liquidación, la escritura número 404, ella tampoco sirve para considerar a los herederos de Sánchez como dueños del inmueble de Cali, porque en esa escritura nada se estatuyó sobre esa propiedad, y al apreciarla el sentenciador como prueba del dominio de lo reivindicante, erró de hecho. Basta leer ese instrumento para convencerse de este aserto.

Este error que entraña la violación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, al reconocer dominio en quien no lo tiene, acarrea la casación de la sentencia.

Estas mismas razones son suficientes para fundamentar el fallo de instancia, porque si el inmueble reivindicado se adquirió para la sociedad conyugal, hoy ilíquida, ese inmueble no pertenece a los herederos de Tiberio Sánchez, y ya se ha visto que la escritura número 404, aun considerándola como acto válido de liquidación de la sociedad conyugal Sánchez-Byrne y de la sucesión de Tiberio Sánchez, no dispuso nada respecto de ese inmueble. Ha habido petición antes de tiempo o de un modo indebido.

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

Primero. Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal de Cali, de fecha septiembre cuatro de mil novecientos veintiocho.

Segundo. Revócase la sentencia de primera instancia proferida por el Juez 3º del Circuito de Cali, de fecha julio veinticinco de mil novecientos veintisiete.

Tercero. Declárase probada la excepción de petición antes de tiempo, y en consecuencia se absuelve a los demandados. Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

José A. Pinto, José A. Pinto R., por sí y como representante legal de su esposa señora Evangelina López, Ul-

darico Esquivel, Ramón A. López, Eugenio López M. y Dolcey Delgado, por medio de apoderado y en su condición de condueños en el predio denominado **Pedro Sánchez**, entablaron, ante el Juez 1º del Circuito de Cartago, demanda contra Sebastián Feijoo, Jesús María Martínez D., Epifanio Gaviria A. y Pedro Lemus S., como comuneros del mismo predio y además Gaviria y Lemus como condueños del predio de **El Guanábano**, para que se lleve a efecto el deslinde y amojonamiento del predio de **Pedro Sánchez** con el de **El Guanábano**, trazando judicialmente la demarcación material en el terreno, y haciendo el amojonamiento con peritos nombrados por las partes de "la línea que, partiendo de la orilla del río Cauca, de un mojón que se situará en dicha orilla a setenta y un metros de distancia hacia el norte del mojón que se colocó en el punto donde terminó la línea trazada en la diligencia de deslinde de fecha trece de septiembre de mil novecientos doce, que pasó al norte de la casa de Enrique Palomino, que siguiendo paralela a esta línea, pase a la misma distancia de setenta y un metros al norte del mojón correspondiente colocado en la misma diligencia en el camino público al norte del zanjón de **El Perrillo**, y que de aquí, prolongada con el mismo paralelismo, termine en el filo de la sierra que queda al Oriente." Esta es la línea limítrofe de los predios de **Pedro Sánchez** y **El Guanábano** que de manera espontánea y por acuerdo unánime convinieron en señalar los comuneros de ellos y reconocer como límite definitivo entre ambos predios en el contrato de transacción celebrado por escritura número 224, Notaría de Cartago, el 13 de junio de 1918.

Son hechos en que se apoya la demanda:

1º Los fundos de **Pedro Sánchez** y **El Guanábano** no han sido deslindados.

2º Con tal objeto se siguió el juicio correspondiente, y como fuera objetado el deslinde, se llegó a una transacción.

3º En esta transacción se reconoció y señaló como línea definitiva entre los dos predios, la línea que en la transacción se determina, y se convino en nombrar por las partes el perito o peritos agrimensores que trazaran y amojonaran la indicada línea.

4º En el terreno no está demarcada ni amojonada la expresada línea, de modo que no hay delimitación entre los dos predios.

5º Los demandados en calidad de condueños del predio de **Pedro Sánchez** y los dos últimos condueños también de **El Guanábano**, firmaron el contrato de transacción con los demás condueños, que son los demandantes.

Los demandados Gaviria A., Lemus, Feijoo y Martínez se opusieron a la acción de deslinde fundados en que habiéndose determinado en el convenio de transacción celebrado en la escritura número 224 ya citada, y en el cual intervinieron como partes los demandantes, la línea divisoria que había de servir de lindero entre los dos predios, no es el caso de intentar nuevo juicio de deslinde, porque el que se había entablado antes de la transacción, quedó extinguido por desistimiento de las partes. Opusieron, además, la excepción dilatoria de inepta demanda.

El Juez ordenó, en providencia relativa a la excepción propuesta, llevar a cabo el deslinde, la cual fue apelada. El recurso se declaró desierto por abandono de los apelantes.

Seguido el juicio ordinario de oposición a la delimitación practicada, el Juez lo falló así:

1º Declarar infundada la oposición propuesta por el apoderado de Jesús María Martínez y Feijoo.

2º Aprobar el deslinde y amojonamiento de **Pedro Sánchez** y **El Guanábano**, practicado en los días 15, 16 y 17 de marzo de 1923; 27, 28 y 29 de febrero y 12 de marzo de 1924.

3º Declarar, en consecuencia, como límite que divide los predios de **Pedro Sánchez** y **El Guanábano**, "la línea que partiendo de la orilla del río Cauca, de un mojón que está situado en dicha orilla a setenta y un metros de distancia hacia el norte del mojón que está colocado en el punto donde terminó la línea trazada en la diligencia de deslinde de fecha 13 de septiembre de 1912 y que pasa al norte de la casa de Enrique Palomino, la cual sigue paralela a esta línea con la misma distancia de setenta y un metros al norte del mojón correspondiente y que se colocó en la misma diligencia de deslinde en el camino público al norte del zanjón del **Perrillo**, la cual, prolongada con el mismo paralelismo, termina en el filo de la sierra que queda al Oriente."

Por apelación de los opositores al deslinde, el Tribunal Superior de Buga, en sentencia de fecha 29 de septiembre de 1927, confirmó la del Juez.

La misma parte interpuso casación. El recurso es admisible y se basa en la primera causal de casación.

Primer cargo. Violación directa del artículo 817 del Código Judicial, disposición que aunque perteneciente a la ley de procedimiento, es de índole sustantiva. Prescribe este artículo:

"El desistimiento de una demanda repone las cosas al estado que tenían antes de ser interpuesta; y no podrá intentarse otra vez por el que haya desistido ni por sus representantes, contra la misma persona ni contra los representantes de ésta, salvo lo convenido expresamente en el acto de desistir."

Un juicio de deslinde de los mencionados predios **Pedro Sánchez** y **El Guanábano**, se entabló en el año de 1899, cuya demanda se corrigió en 1905, y modificada así se admitió en 1910. Se practicó la diligencia de deslinde en 1912, y como hubiera oposición a la línea fijada, se siguió el juicio ordinario correspondiente, que subió al Tribunal Superior en apelación de la sentencia de primera instancia. En este estado desistieron pura y simplemente del juicio los interesados demandantes, por virtud de la transacción celebrada por todos los propietarios de las dos fincas, en la escritura pública número 224, de fecha 13 de junio de 1918, Notaría de Cartago.

Como los demandantes en el primer juicio de deslinde, argumenta el recurrente, desistieron de él pura y simplemente, perdieron el derecho de volver a deducir en juicio esa misma acción contra los propios demandados. Al confirmar, pues, el Tribunal el fallo de primera instancia que declara infundada la oposición al nuevo deslinde, y no acoger la excepción de falta de acción y otras alegadas por los demandados oportunamente, violó la disposición invocada.

Se responde:

Para que el desistimiento de un juicio que se está surtiendo produzca los efectos que señala el artículo 817 del Código Judicial, es necesario que entre la acción primitiva de la cual se desistió y la nueva que se intenta después de aquel desistimiento, haya identidad. Y para

que ésta exista, se requiere que concurran las mismas condiciones que para la cosa juzgada, porque con arreglo a las disposiciones del artículo 817 citado, a diferencia de otras legislaciones procesales, el desistimiento no es tan sólo una renuncia del procedimiento que se ha venido siguiendo, sino que "lo asimila en sus efectos a la cosa juzgada" según lo ha declarado la Corte.

Ahora bien, aquella identidad se realiza cuando, entre otras condiciones, es uno mismo el objeto de las dos acciones y uno mismo el título invocado en ambas.

El litigio primitivo de deslinde tuvo por objeto que el Juez, a la luz de los respectivos títulos de los interesados, señalase los linderos de las dos propiedades; operación que se realizó pero que no tuvo efecto porque por convención posterior celebrada entre aquellos mismos la línea se dio por no trazada.

En el segundo juicio, que es la materia de este recurso de casación, el objeto es otro: no es ya el de que señale el Juez una línea de propia autoridad, según lo alegado por las partes y probado con sus respectivos títulos, sino el de que, según expresa el libelo de demanda, se llevase a efecto el deslinde que se había convenido en la citada escritura número 224 "decretando el trazado material o la demarcación en el terreno y el amojonamiento" de la línea que se describió en el contrato. Este segundo juicio ha tenido por fin la ejecución de un contrato, juicio en el cual el Juez tuvo por función estricta aplicar las estipulaciones de las partes con relación a la línea divisoria determinada por estas mismas.

Difieren igualmente los dos juicios en sus títulos y causas; la acción de deslinde en el primero procedía directamente **ex-lege**, por virtud de la obligación que la ley impone a los dueños de predios que son colindantes, de fijar a petición de cualquiera de ellos los límites que separen las respectivas propiedades (artículo 900 del Código Civil); en el juicio actual la acción nace **ex-contractu**, porque tiene su origen en una convención celebrada entre los interesados mismos.

Si los títulos en los dos juicios fueron diferentes, el desistimiento del primero no podrá afectar el título del segundo, en virtud del principio de que aquel que demandare una cosa por un título y no lo probare o renunciare a él, puede después demandarla por otro (artículo 271 del Código Judicial).

El cargo no es, por tanto, fundado.

Segundo cargo. Violación directa del artículo 1602 del Código Civil; y violación de los artículos 2469 y 2483 del mismo por falta de aplicación.

Al acoger el Tribunal y decidir el nuevo juicio de deslinde cuyo conocimiento se arrogó el Juez, desconoció el contrato de transacción celebrado por los dueños del terreno de **Pedro Sánchez** y los copropietarios de **El Guanábano**, en la escritura número 224, y violó así la ley del contrato. En efecto, argumenta el recurrente, quebrantó la ley contractual constituída por la transacción en lo que respecta al propósito de las partes contratantes de trazar y amojonar amigablemente, conforme a la cláusula 9ª de dicha escritura, la línea fijada con claridad y precisión en la cláusula 1ª, y desconoció en suma, la cosa juzgada, que es el efecto legal de la transacción.

Versa el cargo sobre la parte de la sentencia en que el Tribunal asienta la tesis de que el convenio de transacción no determina prácticamente la línea divisoria de los predios sino que fija únicamente las bases para trazarla, así es que para realizar esa línea era necesario tirarla sobre el terreno y amojonarla, que fue lo que se hizo por petición muy clara de los demandantes. La transacción, tal como se hizo, no quitó a ninguna de las partes el derecho de pedir el trazado de la línea y su amojonamiento; por el contrario, esto era una consecuencia necesaria si no lo hacían ambas partes de común acuerdo, so pena de quedar sin efecto la transacción.

Se considera:

Es cierto, como lo afirma el recurrente, que, aparte de la estipulación primera del contrato, por la cual se determinó en abstracto una línea divisoria sobre bases o puntos concretos, acordaron también en la cláusula 9ª del contrato que las partes contratantes procederían a "designar el perito o los peritos agrimensores que deben trazar las líneas divisorias y limítrofes y a colocar los mojones"; es decir, que las operaciones de trazado de las líneas limítrofes sobre el terreno y su señalamiento con mojones, serían obra extrajudicial de las mismas partes, con intervención de expertos. Pero cierto es también que esta obligación recíproca se contrajo a día, cuyo cumplimiento debía verificarse por aquéllas, "una vez—dice el contrato—que quede firmada la presente escritura."

Las obligaciones **a día** se rigen, según el artículo 1555 del Código Civil, por las disposiciones del Título 4º, Libro 3º, ibídem, sobre asignaciones testamentarias a día.

El artículo 1138 que pertenece a este título, asimila estas asignaciones a las obligaciones a plazo y las sujeta a las reglas que rigen éstas.

Plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, el que puede ser a día, vencido el cual ésta es exigible sin necesidad de previo requerimiento al deudor. Y cuando en el pacto, como sucede en el presente caso, se han señalado dos días determinantes de plazo, de los cuales uno indica que el término comienza a correr—**diescedit**—(firma de la escritura de transacción), y el otro cierra el término para el cumplimiento de la obligación—**dies venit**—(nonagésimo día después de otorgada la escritura), es caso respecto del cual si bien las disposiciones de nuestro derecho positivo no formulan reglas para fijar el vencimiento del plazo y los efectos jurídicos que resultan después del día inicial del término, la doctrina las tiene establecidas. Enseñan los expositores de derecho, siguiendo al jurisconsulto Ulpiano, que terminado el primero de aquellos días, la obligación se empieza a deber y un derecho eventual del acreedor se fija; y concluído el segundo, se cumple el término prefijado para dar cumplimiento a la obligación, cuyo vencimiento se realiza y la hace exigible.

Sentado esto y aplicando al caso las reglas expuestas una vez firmada la escritura de transacción por todos los interesados, se dio principio al término de noventa días para dar cumplimiento por cada uno de ellos a la obligación de hacer, consistente en "designar el perito o los peritos agrimensores que deben trazar las líneas divisorias y limítrofes y colocar los mojones," y vencidos los noventa días sin llenarla, se hallaban en mora y el actor bien pudo, sin necesidad de previo requerimiento, acudir a la justicia con la acción de apremio para la ejecución del hecho convenido (artículo 1610 ordinal 1º, del Código Civil).

Tercer cargo. En otro aspecto invoca el recurrente la violación de los artículos 1602, 2469 y 2483 del Código

Civil. Considera que el Tribunal incidió en error de derecho al apreciar la escritura de transacción y el desistimiento del juicio primitivo de deslinde porque les desconoció el alcance y efectos legales que tienen para concluír que ellos habían dejado a salvo el derecho que tenían las partes para ejercitar nuevamente la acción sobre demarcación de la línea y su amojonamiento, a tiempo que la cláusula novena de la transacción dejó atribuída a los mismos interesados de mancomún, la facultad de practicar aquellas operaciones extrajudicialmente.

Se responde:

Queda este cargo confutado con las mismas razones que se opusieron al anterior, porque el Tribunal llegó a la conclusión dicha en virtud de la interpretación que dio tanto a la escritura como al acto de desistimiento. Y no hubo error evidente de hecho en tal interpretación, queda demostrado al contestar el cargo segundo.

Cuarto cargo. Violación del contrato de transacción y violación consiguiente del artículo 1602 del Código Civil. El recurrente desarrolla este motivo así:

"Es evidente que de acuerdo con los dictámenes de los peritos que intervinieron en el deslinde que la línea divisoria de los predios se trazó con rumbos distintos en la parte baja y en la parte alta, siendo de Sur 79° 40' E, para la primera, y Sur 79° 20' E, para la segunda, lo cual implicaba una desviación que se tradujo por una parte en el hecho de que el mojón de **El Perrillo** quedara colocado 'unos seis metros hacia el sur del verdadero punto donde ha debido quedar localizado,' y por otra, en una reducción del predio de **Pedro Sánchez**, que naturalmente está en relación de la línea en dicha parte alta: a mayor extensión de esta línea, mayor reducción en el predio. Ahora bien, conforme a la escritura de transacción, cláusula primera, la línea acordada por los celebrantes debía ser uniforme en toda su extensión, conforme se deduce de la simple lectura de tal cláusula, luego se violó la transacción y con ella los artículos 1062 y 2479 del Código Civil."

Se considera:

No es exacta la afirmación del recurrente de que la cláusula primera de la transacción contenga el pacto de que la línea divisoria acordada debía ser uniforme en toda su extensión. Esta línea, tal como la convinieron los contratantes, tiene dos partes, a saber: la sección que arranca de la orilla del río Cauca, de un mojón que debía situarse en dicha orilla a setenta y un metros de distancia hacia el norte del mojón que se colocó en el punto donde terminó la línea trazada en la diligencia de deslinde de fecha trece de septiembre de mil novecientos doce, la cual pasó al norte de la casa de Enrique Palomino, sección que debía ser paralela a esta línea y había de pasar a la misma distancia de setenta y un metros al norte del mojón correspondiente colocado en aquella misma diligencia en el camino público al norte del zanjón de **El Perrillo**.

La segunda sección que la forma la misma paralela prolongada desde este punto, esto es, con la equidistancia de setenta y un metros, a terminar en el filo de la sierra que queda al Oriente. No es exacto tampoco, como lo pretende el recurrente, que los dos pasajes que cita del informe de los peritos Rengifo y Serna demuestre que al trazar la línea divisoria en la segunda sección hubiesen quebrantado las estipulaciones de la transacción; muy al contrario, ambos expertos explican que, obligados a observar la pauta impuesta por esta convención, hubieron de trazar las dos secciones con rumbos diferentes: la primera, del mojón **Cauca** al mojón **El Perrillo**, con S. 79° 40' E; la segunda, de este mojón al de **La Sierrita**, prolongada hasta el cerro **Pan de Azúcar**, con S. 79° 20' E. Dice al efecto Serna:

"La línea judicial (la de 1912), no es una línea recta con todo rigor desde **Cauca** al cerro de **Pan de Azúcar**, en la **Sierra Alta**, pues así lo demuestran los rumbos.... Debido a esta divergencia entre las líneas desarrolladas entre los expresados mojones, los peritos adoptamos el parecer de trazar la paralela de setenta y un metros con el rumbo S. 79° 40' E, a la línea **Cauca-Perrillo**, y otra paralela de setenta y un metros y S. 79° 20' E, a la línea mojón **Perrillo**-mojón **Sierrita**, prolongándola hasta cerro **Pan de Azúcar**. Lo cierto es que la línea judicial tiene otros rumbos y longitud de los que se le han asignado, motivados de que mojón **Perrillo** no está en la misma recta que relaciona los mojones **Cauca** y **Sierrita**."

Lo propio explica en su informe el perito Rengifo. Aceptado el mojón del callejón del río, dice, "se buscó el rumbo con el mojón de **El Perrillo**, por medio de una línea preliminar, arrojando en valor S. 79° 40' E. Con este rumbo y una separación al Norte de setenta y un metros, se partió de **Cauca** y se continuó hasta el camino nacional..... Para continuar la línea en la parte alta con el mismo paralelismo, conforme lo dispone la escritura de transacción, la línea judicial (la de 1912), cuenta en esta parte con dos puntos fijos: el mojón de **El Perrillo** y el mojón que se colocó en **La Sierrita**, en donde pasa el antiguo camino de **El Naranjo**, el cual es reconocido y aceptado por las partes. El rumbo entre este par de mojones se buscó con una línea preliminar y se calculó en S. 79° 20' E. Obtenido este valor se partió del punto en donde quedó la línea de la parte baja a una distancia de setenta y un metros del mojón de **El Perrillo**, se prolongó al Oriente con el rumbo dicho..."

Como se ve, no fueron los expertos los que causaron la desviación de la segunda línea preliminar, sino que obligados por la situación del mojón de **El Perrillo**, que en la línea judicial tenía una desviación de 20', y obligados a marcar otra línea preliminar con el paralelismo de setenta y un metros, para dar cumplimiento a la escritura de transacción, tuvieron que modificar el rumbo de la primera línea preliminar.

El cargo del recurrente halla en este procedimiento una violación de la transacción, cuando precisamente los expertos procuraron llenar estas dos condiciones que son las estipulaciones principales de este contrato:

1ª Que sobre la línea del primitivo deslinde de mil novecientos doce, se trazara la línea de transacción; y

2ª Que ésta había de arrancar de un punto determinado, terminar en otro y pasar por "el norte del mojón correspondiente, colocado en el camino público, al norte del zanjón de **El Perrillo**."

Si, como lo afirma el recurrente, apoyado en el informe del perito Serna, el mojón de **El Perrillo** resultaba colocado unos seis metros hacia el sur del verdadero punto para que la recta general de **Cauca** a **Pan de Azúcar** fuese una recta única de un solo rumbo, este defecto no fue obra de los expertos demarcadores del nuevo deslinde, sino una circunstancia con que se había fijado la vieja línea de 1912 que los individuos contratantes de la tran-

sacción así la aceptaron e impusieron en la escritura número 224, entre los cuales se cuentan precisamente los recurrentes.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Buga, con fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos veintisiete, en este juicio.

Se condena al recurrente en las costas del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase al Tribunal de origen.

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

La demanda que Pedro Macías entabló, por medio de apoderado ante el Juez 1º del Circuito de Honda, contra María Teresa Hallam de Vargas, mujer casada con Miguel Vargas, contiene estas peticiones:

"Primera. Que por medio de instrumento público número noventa y ocho, de fecha treinta y uno de marzo de mil novecientos ocho, otorgado ante el Notario Público principal del Circuito de Honda, el señor Henry Hallam se constituyó deudor del señor Arthur D. Thomas, de la suma **de mil pesos oro americano** que recibió a préstamo el día veintinueve de enero de mil novecientos siete, a la rata del dos por ciento mensual, cuyo plazo amplió el acreedor por un año más, contado desde el veintinueve de enero de mil novecientos ocho.

"Segunda. Que por medio de la misma escritura pública número noventa y ocho, hipotecó especial y expresamente, el mismo señor Hallam, para responder del dinero recibido a préstamo, y de los intereses a la rata del dos por ciento mensual, un terreno denominado **La Figueroa,** ubicado en jurisdicción del Municipio de Mariquita, y deslindado así: partiendo del paso de la quebrada de **San Juan,** siguiendo éste, aguas arriba, hasta dar con el primer salto en su nacimiento; de allí, trazando una línea, y pasando por el **Chupalgrande**, hasta dar a la quebrada de **Cristóbal López**; ésta, aguas abajo, hasta la boca de **San Juan**; ésta, aguas arriba, hasta dar al paso de dicha quebrada de **San Juan**, primer punto de partida.

"Tercera. Que el señor Arthur D. Thomas, por medio de su apoderado general, señor Eduardo Hughes, cedió el crédito hipotecario dicho a favor del señor Pedro Macías, por medio de instrumento público número cincuenta y ocho, de fecha dos de agosto de mil novecientos veinte, otorgado en la Notaría 2ª del Circuito de Honda, con todos sus privilegios y condiciones, intereses devengados, etc., tec., por la suma de mil trescientos pesos oro americano, que recibió el señor Hughes de manos del señor Macías.

"Cuarta. Que por no haber cumplido el deudor señor Hallam con la obligación de pagar la deuda y los intereses en el plazo fijado, y muchos años después, y hasta hoy no se ha efectuado el dicho pago, paga la finca hipotecada para asegurarlo, llamada **La Figueroa**, ubicada en jurisdicción de Mariquita, y comprendida dentro de los linderos antes copiados, o su valor a justa tasación de peritos, y en remate público, o adjudicada al acreedor, si su precio no es suficiente para el pago de capital, intereses y costas procesales.

"Quinta. Que además del capital e intereses de éste, hasta el día del pago, se pagarán al acreedor Macías las costas procesales."

La demandada se opuso y alegó varias excepciones. El Juez decidió así, en sentencia de veinticinco de septiembre de mil novecientos veintiséis:

"1º Condénase a la señora María Teresa Hallam de Vargas a pagar al señor Pedro Macías, con la finca denominada **La Figueroa,** comprendida dentro de los linderos ya expresados, mediante el juicio ejecutivo correspondiente, la suma de mil pesos ($ 1,000) oro americano, sus intereses al dos por ciento (2 por 100), a contar desde el veintinueve de enero de mil novecientos siete hasta el veintinueve de enero de mil novecientos ocho, los intereses de demora, a razón del dos y medio por ciento mensual, desde el día treinta de enero de mil novecientos ocho en adelante, hasta cuando se verifique el pago, y las costas del presente juicio.

"2º Decláranse no probadas la excepciones de falta de acción, falta de instrumento hipotecario, falta de instrumento ejecutivo y nulidad y falsedad del mismo, propuestas en la contestación de la demanda y admitidas para decidir en este fallo."

Esta sentencia fue confirmada por la del Tribunal Superior de Ibagué, pronunciada el treinta y uno de octubre de mil novecientos veintiocho.

Es admisible la demanda de casación, que hace valer la parte condenada.

Tanto al fundar el recurso ante el Tribunal, como al ampliarlo ante la Corte, se alegan las causales primera y segunda.

La Corte estudia en primer término la segunda causal.

El apoderado, ante el Tribunal, de la parte recurrente, al exponer el motivo en que sustenta esta causal, dice que "la sentencia del Tribunal, que es confirmatoria de la de primera instancia, no resuelve sobre ninguna de las peticiones de la demanda que se dejan relacionadas, sino que en su lugar resuelve esto: 'condénase a la señora María Teresa Hallam de Vargas a pagar al señor Pedro Macías, con la finca denominada **La Figueroa**, mediante el juicio ejecutivo correspondiente, la suma de mil pesos oro americano, sus intereses al dos por ciento mensual, a contar desde el veintinueve de enero del año de mil novecientos siete hasta el veintinueve de enero de mil novecientos ocho, los intereses de mora, a razón del dos y medio por ciento mensual, desde el treinta de enero de mil novecientos ocho en adelante, hasta cuando se verifique el pago y las costas del juicio.' "

"Como se ve, la sentencia—continúa el recurrente—no está en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes; pues deja de resolver lo pedido en la demanda y entra a hacer declaraciones no pedidas en ella."

En esta Superioridad el vocero respectivo expresa, más o menos, igual motivo, ampliándolo en cuanto alega que "el Tribunal dejó de resolver sobre varias excepciones propuestas."

La Corte considera:

Comparado el texto de cada uno de los capítulos del libelo de demanda con la parte resolutiva de la sentencia del Juez, confirmada con la que es materia del presente recurso, se observa que en sus términos no concuerdan aquéllos con ésta. Pero ello no implica que el Tribunal no resolviera sobre lo que se le pedía en realidad; él interpretó la demanda en su fondo, como podía hacerlo, y que era el reconocimiento de estar obligada la finca La Figueroa a responder del pago de la suma de mil pesos oro americano, con los intereses que reconoció el Tribunal, y que eran precisamente los estipulados en la escritura número noventa y ocho (98), de treinta y uno de enero de mil novecientos ocho, otorgada en la Notaría del Circuito de Honda, a que se contraen los capítulos primero, segundo y cuarto del libelo de demanda. No hizo el Tribunal las declaraciones textuales de esos tres capítulos, ni la del cuarto, porque, como lo expresa en su fallo, ellas eran en cierto modo inocuas, y contra ellas no reclamó el demandante, ni perjudicaban a la otra parte. Tales declaraciones eran en realidad fundamentos de hecho para el reconocimiento a cargo de la finca.

Continúa el recurrente sosteniendo en cuanto al cargo por defecto en el fallo, y consiguiente violación del artículo 835 del Código Judicial, que el Tribunal dejó de resolver sobre algunas de las excepciones propuestas por el demandado.

Se considera:

Las excepciones propuestas en la contestación de la demanda fueron las de falta de acción, de instrumento ejecutivo, de instrumento hipotecario, falta de personería del demandante, nulidad del instrumento ejecutivo y falsedad del mismo. El Tribunal falló sobre todas estas excepciones; porque si bien no habló expresamente de la falta de personería del demandante, confirmó la sentencia del Juez, que en su parte motiva la consideró y desechó. La sentencia absolutoria comprende todas las peticiones de la demanda, lo ha dicho repetidas veces la Corte. Luego por este aspecto no es fundado el cargo.

Pero alega el recurrente que desde la iniciación y contestación de la demanda, se estableció como hecho fundamental de ella y punto principal del debate, que el deudor señor Hallam había muerto; que como este hecho no se comprobó en forma legal, o sea con la respectiva acta, de acuerdo con lo que dispone el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, el deudor señor Hallam debe existir, y debió ser demandado, porque no se puede prescindir de él en el juicio. Que como sobre tal punto no falló nada el Tribunal, ni se notificó la demanda al deudor expresado, la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y hay nulidad en el juicio.

Se observa:

Ya se dijo que habiendo sido absolutoria la sentencia del Tribunal, comprendió todos los puntos de la demanda. Ahora, como la alegación anterior se invocó también como uno de los fundamentos de la causal primera, el estudio de ésta lo comprende.

Causal primera. Contiene varios cargos. La Corte considera, en primer término, el relativo a la violación de los artículos 1960 y 1961 del Código Civil.

Como motivo, alega el recurrente:

"Según tales artículos, la cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros, mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste, y la notificación debe hacerse de acuerdo con el artículo 1961 citado. En el caso presente, el señor Pedro Macías no ha notificado la cesión en que funda su acción a míster Henry Hallam ni a sus herederos, y en consecuencia no produciendo efecto alguno esa cesión por falta de la notificación, eso constituye otra excepción perentoria de falta de acción (artículo 51 de la Ley 105 de 1890), y por esos motivos alegados desde la primera instancia, debéis casar la sentencia acusada, y fallar el juicio de acuerdo con la excepción reconocida, absolviendo a mi cliente de todos los cargos de la demanda. Notificar la cesión a la demandada María Teresa Hallam, sin probar que es heredera de míster Hallam, equivale a no haber hecho notificación alguna, y sería lo mismo haber hecho la notificación de la cesión al Emperador del Japón."

Se considera:

Este cargo sí es fundado. Efectivamente, no aparece de autos que se hubiera notificado la cesión del crédito al deudor, que lo es en este caso, no el poseedor de la finca hipotecada, sino el que contrajo la obligación, porque el contrato de hipoteca es accesorio de la obligación principal, y sin ésta no existe. En el fallo de primera instancia, que el Tribunal confirmó, reconoce el Juez que no constaba que se hubiera notificado la cesión del crédito a la señora Hallam de Vargas, pero que como ésta ha intervenido en la litis con el cesionario, se supone por parte de aquélla la aceptación de la cesión, para los efectos del artículo 1962 del Código Civil.

Esta tesis es inaceptable, porque si bien la disposición anterior establece que la litis contestación con el cesionario supone la aceptación de la cesión, esto tiene cabida cuando la litis contestación ha tenido lugar con el deudor mismo, y cuando, como en este caso, el mismo deudor principal no opone desde la notificación de la demanda la excepción de falta de personería del demandante; pero no cuando, como en el caso de autos, la litis contestación ha ocurrido con el poseedor de la finca hipotecada únicamente, y en que, por consiguiente, se ha podido privar al deudor del derecho de alegar defensa o excepciones que sólo a él le competen.

No apareciendo, como no aparece, que se haya notificado la cesión del crédito al deudor principal o a sus herederos, ni tampoco que se haya seguido la litis contestación con aquél o con quien legalmente lo represente, hay falta de personería sustantiva en el demandante señor Macías, porque sin esa notificación al deudor principal o litis contestación con él, se considera existir el crédito en cabeza del cedente respecto del deudor y terceros, conforme lo establece el artículo 1963 del Código Civil. Por el motivo que se acaba de considerar, es casable la sentencia del Tribunal.

En cuanto al fallo de instancia, existe el mismo motivo: mientras el cesionario no notifique la cesión al deudor principal, no se ha perfeccionado el vínculo jurídico entre él y el deudor, y por consiguiente, al demandar al cesionario antes de esa notificación, ha ejercitado su acción antes de tiempo.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en este juicio, con fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos

veintiocho, revoca la de primera instancia, y en su lugar declara probada la excepción de petición antes de tiempo.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio treinta de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

El señor José Torres, por conducto de apoderado, presentó una demanda contra el señor Rogerio Torres, encaminada a obtener que se obligara a éste en sentencia definitiva:

"Primero. A restituir o entregar, dentro de los tres días siguientes al en que quede ejecutoriada la sentencia, a mi poderdante, un globo de tierra o finca situada en jurisdicción del Municipio de Chía, en el partido llamado **Bojacá**, y comprendido dentro de los siguientes linderos:

'Por un costado, con propiedad del señor Federico Nieto, dividido por una zanja ancha de ambos predios; por otro costado, sigue lindando con el mismo Federico Nieto, separado por paredes; por otro costado, con propiedad de herederos de Juan de la Cruz Torres, separado por una zanja perteneciente a los dos predios colindantes, y por el último costado, con propiedad de Rogerio Torres, servidumbre al medio.'

"Segundo. A pagar el valor de los frutos naturales y civiles de la finca anterior, y no solamente los percibidos sino los que se hubieran podido producir con mediana inteligencia y actividad, desde la fecha en que ha debido entregar la finca y no lo hizo, o sea desde el primero de noviembre de mil novecientos diez y ocho hasta cuando esa entrega se verifique, y según el avalúo que se haga por peritos durante el curso del juicio.

"Tercero. A pagar el valor de los perjuicios por la no entrega de la finca anterior."

Hé aquí los hechos expuestos en el libelo:

"Primero. Por escritura número cuatrocientos catorce, de fecha primero de noviembre de mil novecientos diez y ocho, otorgada en la Notaría del Circuito de Chía, el señor Rogerio Torres, demandado, le vendió al señor Apolonio Torres la finca de que trata la presente demanda.

"Segundo. Por escritura número trescientos trece, de fecha veintitrés de julio de mil novecientos veintiuno, otorgada en la Notaría del Circuito de Chía, Apolonio Torres vendió a mi poderdante José Torres la finca materia de la presente demanda, la misma de que trata el hecho anterior, con el encargo de hacerle escritura de la mitad de ella a Andrés Torres, cuando éste cumpla la mayor edad.

"Tercero. El demandado Rogerio Torres no entregó al señor Apolonio Torres la finca de que tratan los hechos anteriores, a pesar de que en la escritura respectiva de venta, ya mencionada, dice que hace entrega real y material de lo vendido.

"Cuarto. El demandado Rogerio Torres, sin causa legal alguna, y estando obligado a entregar la finca materia de esta demanda, no solamente se negó a entregarla al señor Apolonio Torres, sino también a mi poderdante, como actual comprador.

"Quinto. El demandado Rogerio Torres, sin ser dueño de la finca materia de esta demanda, está en posesión de ella y la ha venido usufructuando desde cuando se la vendió al señor Apolonio Torres, hasta la fecha, sin título legal.

"Sexto. Mi poderdante es dueño de la finca, materia de esta demanda, y que sin título legal alguno posee el demandado, sin que haya sido posible que amigablemente se haya logrado la entrega, a sabiendas de que no le pertenece."

Admitió esta demanda el señor Juez 3º del Circuito de Bogotá y la corrió en traslado al demandado, quien se opuso a la acción deducida contra él, y a los hechos contestó así:

"Al primero. Es cierto que por escritura pública, de fecha primero de noviembre de mil novecientos diez y ocho, otorgada en la Notaría del Circuito de Chía, vendí al señor Apolonio Torres una finca rural que la constituye un globo de tierra ubicado en el partido de **Bojacá**, jurisdicción del Municipio de Chía, pero esta venta no fue real ni efectiva, sino en confianza y simulada.

"Al segundo. Aun cuando aparece la escritura pública de que habla este hecho, la venta que haya hecho Apolonio Torres a José Torres, era de cosa ajena, pues como aseguro al contestar el hecho primero, la venta que yo hice a Apolonio fue en confianza.

"Al tercero. No he entregado la finca, porque la escritura que hice a Apolonio fue en confianza, y es cosa rara y rarísima que en tres años que hace que se otorgó dicho instrumento (la venta del globo de tierra) no se me hubiera reclamado.

"Al cuarto. La causa legal para no haber entregado el globo de tierra de que trata esta demanda, es la de ser dueño legítimo de él.

"Al quinto. Como dueño absoluto del citado globo de tierra, estoy y he estado en posesión quieta y pacífica, sin que los que hoy se pretenden dueños de él me hayan reclamado, ni judicial ni extrajudicialmente.

"Al sexto. No es cierto. El aquí demandado es único dueño de la citada finca."

El veinticuatro de noviembre de mil novecientos veintiséis, el mismo Juez profirió la sentencia de su cargo, completamente absolutoria del demandado.

Por apelación del demandante, subió el asunto al Tribunal Superior de Bogotá, quien, en sentencia de nueve de septiembre de mil novecientos veintisiete, desató la litis de la siguiente manera:

"Primero. Condénase a Rogerio Torres a entregar, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que quede notificado el auto de 'obedézcase y cúmplase' que debe pronunciar el Juez de primera instancia, a José Torres, un globo de tierra situado en jurisdicción del Municipio de Chía, en el partido llamado **Bojacá**, y comprendido dentro de los siguientes linderos:

'Por un costado, con propiedad del señor Federico Nieto, dividido por una zanja ancha de ambos predios; por otro costado, sigue lindando con el mismo Federico Nieto, separado por paredes; por otro costado, con propiedad de herederos de Juan de la Cruz Torres, separado por una zanja perteneciente a los dos predios colindantes, y por

el último costado, con propiedad de Roberto Torres, servidumbre al medio.'

"Segundo. Condénase al mismo demandado, como poseedor de buena fe, a restituír a José Torres los frutos del inmueble percibidos después de la contestación de la demanda, o sea desde el día veinticinco de septiembre de mil novecientos veintidós hasta el día en que se verifique la entrega, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción. Al señor Rogerio Torres se le deben abonar los gastos ordinarios que ha invertido en producir tales frutos, así como las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa y las mejoras útiles hechas en la cosa antes de contestarse la demanda, todo según las reglas dadas por los artículos 964, 965 y 966 del Código Civil.

"Para la regulación del saldo que adeude el demandado al demandante, por razón de frutos, debe seguirse un juicio por separado, en ejecución de esta parte de la sentencia.

"Tercero. Se absuelve al demandado de la condenación en perjuicios, según se pidió en el punto tercero de la parte petitoria del libelo de demanda.

"Cuarto. No se hace condenación en costas, ni en la primera ni en la segunda instancia."

El demandado introdujo recurso de casación contra esta sentencia y la Corte lo admite, por hallarlo ajustado a las exigencias legales en cuano a la cuantía del asunto, la naturaleza del juicio y la oportunidad en que se intentó.

Alega el recurrente la primera causal de casación y la funda en varios motivos.

El primero consiste en que hay dos errores, uno de derecho y otro de hecho, en el siguiente párrafo de la sentencia del Tribunal:

"Dada la forma como Apolonio hizo la venta del lote a José y a Andrés, para el Tribunal es evidente que el segundo nada adquirió en él; pues se requiere que José le traspase por escritura pública la mitad del globo. Por lo tanto, mientras esta escritura no se otorgue, José es dueño de todo el lote. Sólo a él le compete la acción reivindicatoria."

El error de hecho estriba en que el Tribunal afirmó que Apolonio Torres le impuso a José Torres la obligación de otorgar escritura a Andrés y esto no es cierto; y el de derecho, en que Andrés no fue tenido como comprador, siendo así que el vendedor dice que vende a los dos señores y que éstos le pagaron el precio; con todo lo cual se violaron los artículos 1506, 1849 y 1852 del Código Civil, al no aplicarlos al litigio.

La Corte considera lo siguiente:

En la escritura número trescientos trece manifestó Apolonio Torres que daba en venta a José y Andrés Torres (representado éste por el otro) un lote de terreno. Se estipuló que Andrés, al cumplir la mayor edad, debía pagarle a José la cantidad de ciento cinco pesos y que José "está igualmente obligado a traspasar a su representado Andrés Torres, la mitad de la finca que hoy adquieren, sin exigirle mayor suma de la que se deja estipulada en el punto anterior."

En vista de esta terminante estipulación, no es dado sostener que el Tribunal hubiera incurrido en evidente error de hecho al decir que José Torres está en el deber de otorgarle escritura a Andrés, pues de tal manera es como puede hacerse el traspaso.

Ni ha habido violación del artículo 1849 del Código Civil, porque el Tribunal no ha desconocido la noción jurídica del contrato de compraventa, en sus dos elementos esenciales de cosa y precio. Tampoco se halla violado el artículo 1852 ibídem, conforme al cual es nulo el contrato de venta entre el padre y el hijo de familia, supuesto que no está probado en autos que Andrés Torres es hijo del vendedor Apolonio. Cuanto al quebrantamiento del artículo 1506, resulta asimismo improcedente la acusación. Estriba ésta en que el Tribunal desconoció que José Torres había estipulado a favor de Andrés; pero como acaba de apuntarse, en la escritura se le impone expresamente al primero el deber de otorgarle escritura al segundo; de donde se sigue que la estipulación tiene ciertas modalidades, en virtud de las cuales no es dable afirmar la violación del citado artículo 1506. En todo caso, la infracción de derecho que se acusa, sólo podría promanar de un error de hecho en la interpretación del contrato, el cual error no aparece de manera evidente.

Segundo motivo. Acusa el recurrente este párrafo de la sentencia:

"Según se observa, el lote vendido por Rogerio Torres a Apolonio Torres fue el mismo que éste vendió a José y a Andrés Torres. Solamente hay diferencia en cuanto al lindero occidental; pues al paso que en la primera escritura se le puso como lindero 'por este lado con terreno de Vicente Torres,' en la segunda escritura se hace limitar con terrenos de Federico Nieto. Pero esta pequeña diferencia en nada afecta la identidad; pues hay que considerar que entre las dos ventas transcurrieron algunos años, en que ha podido cambiar el dueño del lote de Vicente Torres, lo mismo que los mojones que antes lo deslindaban del lote de Rogerio, cambiarse por paredes."

Sostiene el recurrente que al Tribunal no le era dado hacer suposiciones de esta naturaleza, pues correspondía al demandante suministrar la prueba de la identidad del terreno y así no lo hizo; por donde el sentenciador, al obrar como obró, incurrió en un error de hecho.

Responde la Corte que el Tribunal, al admitir aquella identidad, no procedió por meras suposiciones, pues al respecto dice:

"Obsérvase, por otra parte, que en la contestación a los hechos de la demanda, el demandado aceptó la identidad."

El recurrente no ha atacado la apreciación que el Tribunal dio a lo manifestado por el demandado al contestar el hecho segundo de la demanda, y de aquí que sea preciso concluír que el sentenciador sí tuvo un fundamento distinto del de una simple suposición, al reconocer la identidad de que se trata.

Y a esta identidad no se opone el hecho de que Rogerio Torres, años después de haberle vendido a Apolonio Torres la finca, le hubiera vendido a Aristóbulo Palacios un lote, que parece ser parte de aquélla; porque, en primer lugar, la venta de Apolonio a José Torres es anterior a la de Rogerio Torres a Palacio, y en segundo, el estar situado el lote de esta última venta en una parte de la superficie de la finca a que se refiere la primera venta, no im-

pide apreciar que, tomados en el conjunto de sus linderos, los predios de la venta de Rogerio a Apolonio Torres y de éste a José sean uno mismo.

Arguye el recurrente que hubo violación del artículo 32 de la Constitución, porque el fallo impugnado ordena entregarle al demandante el terreno de Aristóbulo Palacios, quien no es parte en el presente juicio; pero para desechar semejante cargo, a la Corte le basta considerar que el agravio, si lo hubiere, no es personal de Rogerio Torres.

Se acusa la violación del artículo 952 del Código Civil, porque si Palacios era dueño del lote mencionado en la escritura número trescientos cuarenta y seis, otorgada en la Notaría de Chía el ocho de agosto de mil novecientos veintiuno, contra él y contra Rogerio Torres debió dirigirse la demanda y no sucedió así.

Cierto es que, con arreglo al citado artículo 952, la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor; pero téngase presente que en la demanda se designó a Rogerio Torres como tal poseedor y que éste asintió a ello cuando en la contestación dijo:

"Como dueño absoluto del citado globo de tierra, estoy y he estado en posesión quieta y pacífica, sin que los que hoy se pretenden dueños de él me hayan reclamado, ni judicial ni extrajudicialmente."

De suerte que no hubo la violación que se acusa, porque el demandante encaminó su acción contra quien, a la fecha de la instauración del juicio, aparecía como poseedor material de la finca. Por lo demás, el demandado estaba en el deber de declarar si tenía parte de aquella finca a nombre de Palacios (artículo 953 del Código Civil).

El autor del recurso agrega que fueron violados por omisión los artículos 740, 741, 742, 743, 745, 759 y 762 del Código nombrado, porque "habiendo enajenado Rogerio Torres el terreno de los mojones que se hallan en línea recta hasta las paredes que separan ese predio del de propiedad del señor Federico Nieto, el Tribunal desconoció por sí y ante sí ese título y ordenó entregar al señor José Torres un predio que no es de propiedad del demandado ni lo poseía dicho señor." El cargo quiere decir que, en virtud de esto, se le negó a Rogerio Torres el carácter de tradente del lote a Palacios, a éste el de adquirente, al contrato consignado en la escritura número trescientos cuarenta y seis, debidamente registrada, la calidad de título traslaticio de dominio, etc.

Observa la Corte que el Tribunal, para adoptar la conclusión que ahora se combate, razona en el sentido de que la venta hecha por Rogerio Torres a Aristóbulo Palacios no produjo efecto, por el motivo de que, al tiempo de ejecutarla, Rogerio ya no tenía el dominio, el cual había pasado a Apolonio.

"Si, según el artículo 752 del Código citado, por medio de la tradición no se adquieren otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa, no teniendo Rogerio ningún derecho sobre el terreno al tiempo en que lo vendió a Palacios, éste tampoco pudo adquirir nada."

Como se advierte, el Tribunal consideró este asunto desde el punto de vista de las dos ventas que hizo Rogerio Torres del mismo terreno, primero a Apolonio Torres y después a Aristóbulo Palacios, y dedujo que, como es válida la primera venta, por medio de la segunda ya no pudo transmitirle Rogerio a Palacios un dominio que había salido de su patrimonio. Punto de vista es éste que tiene sólido fundamento en el artículo 1873 del Código Civil, y de aquí que el sentenciador no hubiera errado cuando desconoció la calidad de tradente y de adquirente en los contratantes de la segunda venta. No hubo, pues, violación de las disposiciones legales citadas al no aplicarlas al caso del señor Palacios.

Tercer motivo. Se impugna este pasaje de la sentencia:

"Y como los dos títulos presentados por el demandante son traslaticios de dominio, al tenor de los artículos 669, 740 y 765 del Código Civil, y como la acción se ha dirigido contra el actual poseedor del inmueble sobre que versa la reivindicación, el Tribunal llega a la conclusión de que están cumplidas por la parte demandante las condiciones que exige el artículo 946 del mismo Código para que la acción reivindicatoria prospere."

Se dice que el Tribunal quebrantó los mismos artículos que aduce para apoyarse y otros más.

La acusación consiste, sustancialmente, en que Rogerio Torres vendió a Apolonio del propio apellido, un terreno circunscrito por determinados linderos, y luégo Apolonio vendió a sus hijos otro terreno con diferentes linderos. Sobre el primero tiene dominio Apolonio, mientras no se resuelva otra cosa; pero no sobre el segundo, una vez que no lo adquirió por ninguno de los medios indicados en el artículo 673 del Código Civil, porque allí no está incluída la suposición de identidad por parte de los Jueces. Luego el Tribunal—prosigue el cargo—al declarar que el dueño era Apolonio y no Aristóbulo Palacios (quien adquirió desde la línea de mojones hasta las paredes de tapia pisada), le atribuyó al primero un dominio de que carecía y se lo negó al segundo, que sí lo tiene, decretó ilegalmente la reivindicación, porque no siendo José Torres dueño no puede reivindicar, y admitió que la acción de dominio puede dirigirse contra quien no es actual poseedor del bien. Termina el recurrente así:

"Los artículos aplicables son: 950, 952, 1871 y los que he citado del Código Civil, como omitidos por el Tribunal sentenciador; 542, 543 y 837 del Código Judicial, que no por hallarse en este Código dejan de ser disposiciones de carácter sustantivo."

Este cargo equivale en su fondo a los anteriores, que ya están examinados.

El Tribunal aceptó como títulos para reivindicar los contratos contenidos en las escrituras números cuatrocientos catorce, de mil novecientos diez y ocho, y trescientos trece, de mil novecientos veintiuno, otorgadas en la Notaría de Chía, y admitió igualmente la identidad del terreno especificado en ambos instrumentos; esto en virtud de razones que se indicaron antes. Aquellos contratos constituyen título traslaticio de dominio, con arreglo al artículo 745 del Código Civil. Por lo que mira a no haberse enderezado la acción contra Palacios, se expuso lo pertinente al estudiar el segundo motivo. De suerte que no ha habido violación de los artículos citados en el párrafo transcrito, ni dejaron de aplicarse los artículos 950 y 952 del Código Civil, y 542, 543 y 837 del Judicial; y en lo tocante al 1871 del primer Código, que establece la validez de la venta de cosa ajena sin perjuicio de los derechos del dueño, mientras no se extinga por prescripción, nótese que no fue quebrantado por omisión, supuesto que, acreditada la identidad del lote vendido

por Rogerio Torres a Apolonio con el que éste vendió a José Torres, dicho Apolonio no vendió cosa ajena.

Como parte final de este tercer motivo, el autor del recurso alega mala apreciación de una prueba por el Tribunal, y aquella mala apreciación estriba en que se admitió la identidad de los terrenos especificados en las referidas escrituras números cuatrocientos catorce y trescientos trece y en la trescientos cuarenta y seis, de ocho de agosto de mil novecientos veintiuno, pasada en la Notaría de Chía. Hay diversidad de linderos en tales títulos, y la simple lectura de ellos lleva al ánimo—en sentir del recurrente—la convicción de que el sentenciador erró al creer que el terreno traspasado por Apolonio Torres a sus hijos es el mismo que él había adquirido de Rogerio y al no considerar a Aristóbulo Palacios como poseedor, ordenando, sin audiencia de éste, la entrega del terreno.

Observa la Corte que en esta parte se repiten ataques que ya están estudiados y desechados. Por lo demás, es exótica en el actual fallo la cuestión de los efectos que la sentencia del presente litigio pueda producir en relación con el señor Palacios.

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

Son de cargo del recurrente las costas que se hubieren causado.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, junio once de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Al Jurado de calificación reunido para decidir sobre la responsabilidad de Manuel Montoya por el homicidio cometido en la persona de Bernardo Valencia, le sometió el Juez de la causa, 1º Superior del Distrito Judicial de Medellín, los siguientes cuestionarios, que se transcriben junto con sus respectivas contestaciones:

"Cuestión primera. ¿El acusado Manuel Montoya es responsable de haber herido voluntaria y premeditadamente con proyectiles de arma de fuego (escopeta) a Bernardo Valencia, a consecuencia de lo cual murió éste inmediatamente; hechos ocurridos en el paraje denominado **El Alto del Canelo,** jurisdicción del Municipio de Yolombó, en la tarde del cinco de septiembre de mil novecientos veintiséis?"

El Jurado contestó: **"Sí, movido por el miedo y por graves ofensas recibidas con anterioridad "**

"Cuestión segunda. ¿El acusado Manuel Montoya ha cometido el hecho que se menciona en la cuestión principal, con las siguientes circunstancias, o con alguna o parte de ellas: con previa asechanza, a mansalva, a traición y sobreseguro y sorprendiendo desapercibida a la víctima, señor Bernardo Valencia?"

El Jurado contestó: **"Sí."**

El mencionado Juez, dando aplicación a los artículos 598 del Código Penal en relación con los artículos B del Acto legislativo número 3 de 1910, y 3º de la Ley 54 de 1913, condenó al acusado a la pena principal de veinte años de presidio y a las accesorias de rigor.

En apelación ese fallo, fue reformado por el Tribunal, con fecha nueve de agosto del año pasado, en el sentido de descartar la premeditación, por estimar que se trataba de un homicidio simplemente voluntario, y por tal motivo, después de calificar la responsabilidad en segundo grado y con el aumento de pena de que trata el artículo 124 de la mencionada obra, condenó al acusado a la pena principal de diez años de presidio, confirmando la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

Contra el fallo del Tribunal presentó demanda de casación el Fiscal 1º de esa corporación, demanda que reúne satisfactoriamente los requisitos para que pueda estudiarse en el fondo.

Como causales invocó la primera y tercera de las contenidas en el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, que estudió conjuntamente.

Sobre el alcance del veredicto que fue ya transcrito, se expresó así el Juez de primera instancia:

"De acuerdo con este veredicto, ¿habrá cambiado la situación jurídica del reo? Parece que nó; toda vez que se afirman, junto con la responsabilidad de éste, la premeditación del acto delictuoso y las circunstancias de asesinato. Lo agregado a la primera resolución: movido por el miedo y por ofensas graves recibidas con anterioridad, no implica otra cosa, a juicio del suscrito Juez, que la determinación del móvil del delito. Pudo, en efecto, obrar Montoya bajo la acción del miedo que le inspirara su adversario temido, quien en otra ocasión lo había agredido violentamente hasta dejarlo manco y deforme, a golpes de machete, en pelea desigual, y en esto consiste la ofensa grave a que aluden los señores Jueces, dando a entender con ello una especie de desquite, muy cercano a la venganza...."

Y después de la transcripción que hizo de unos párrafos del célebre tratadista Silvela, relacionados con el miedo, agregó:

"Montoya no se hallaba en este caso. Su miedo era un miedo común, vencible. Era el miedo natural que experimenta el héroe en medio del combate, y el asesino en el silencio de la selva. Por eso obró cuerdamente el Jurado, cuando sostuvo la premeditación y las circunstancias de asesinato, que es lo que le da fisonomía jurídica al delito. Si hubiera negado estas circunstancias, sin duda se habría ido contra la evidencia."

El Tribunal, como se dijo, no aceptó la tesis del Juzgado, y para llegar a esa conclusión, razonó así:

"A la mayoría de la Sala no se le presenta con tánta sencillez este problema; la explicación dada por el Jurado a la primera pregunta, admitiendo el miedo y las graves ofensas anteriores, **no sólo como móviles sino como circunstancias que pudieron influír en el acto homicida de Montoya** (subrayo), **parece contradecir el antecedente de la premeditación que en la misma cuestión se le preguntó al Jurado, y que se dio por establecido y probado en el auto de enjuiciamiento, en concepto de la Sala sin los seguros fundamentos que el caso requería.**

"En efecto, **no hay constancia en el juicio de que Valencia hubiera proyectado su crimen,** ni hubiera procurado cometerlo antes, ni hubiera manifestado a nadie sus delictuosas intenciones. El hecho de haber conseguido el día del suceso una escopeta ajena, no suministra la evidencia de la premeditación, porque la testigo María de J. Marín, que le hizo el préstamo del arma, dice que Montoya se la solicitó 'para ir a matar unos pájaros.' No es, pues, absurdo suponer que Montoya, yendo como iba, armado, al encontrarse con su mortal enemigo, a quien le tenía miedo, como el Jurado lo afirmó, y de quien había recibido gravísimas ofensas, hubiera disparado súbitamente contra Valencia, en un arrebato de ira, o movido por este miedo que le inspiraba su antiguo y gratuito enemigo. La misma respuesta del Jurado sugiere esta hipótesis, que es la más humana y la más acorde con las constancias del proceso.

"Repetidas veces tiene dicho la jurisprudencia que la premeditación debe acreditarse plenamente en los juicios criminales, de tal manera que, con meros indicios, no comprobados plenamente como sucede en esta causa, no se debe dar por establecida.

"Si en esta causa el Jurado hubiese afirmado simplemente la responsabilidad de Montoya, sin añadir las explicaciones y atenuaciones comentadas, la mayoría de la Sala no tendría motivo para asentar estas disquisiciones; pero ya está dicho que no estando plenamente comprobada la premeditación en el proceso, y no habiéndola manifestado rotundamente los Jueces de hecho, puede admitirse que el homicidio cometido por Valencia es simplemente voluntario, aunque con circunstancias agravantes afirmadas por el Jurado en la segunda cuestión, y que sí constan en el juicio, y castigar al reo de conformidad con el artículo 600 del Código Penal, calificada su delincuencia en el segundo grado, y aumentándole la pena según el artículo 124 del mismo Código, en atención a la mayor gravedad resultante del delito."

Estas apreciaciones del Tribunal son combatidas por el Fiscal recurrente de la manera siguiente:

"Sí existen en el presente negocio elementos de prueba suficientes para que en el auto de enjuiciamiento se diese por sentada la premeditación. En mi concepto obró, pues, cuerdamente el juzgador al anunciar, y por último formular, una segunda cuestión a los Jurados. No estoy de acuerdo con la honorable mayoría, en que la premeditación es una circunstancia que debe acreditarse plenamente en todos los juicios criminales. Distingo: cuando se trata de negocios que fallan de una vez Jueces de derecho, y en sus respectivos casos, sí; cuando por delante está el Jurado, nó; a éste toca decidir en definitiva, y por parte de aquéllos está el deber de incluírla en el cuestionario, dado un fundamento que pudiera llamarse de conciencia. Sólido sí, pero no es menester que tenga la fuerza de plena prueba en la tarifa común. Ello es obvio, en mi sentir.

"Me explico: la premeditación es un elemento esencialmente subjetivo, ajeno propiamente a la material objetividad del delito mismo. Hay que deducirla de hechos que pueden ser en extremo sutiles, pero asímismo convincentes; esta su naturaleza abstracta hace que sea un poco peligrosa para los Jueces de derecho, quienes han menester de plena prueba para que puedan darla por establecida. Empero, no así ocurre para los de hecho, pues la ley no les pide cuenta de los medios por los cuales llegaron a adquirir la convicción.

"Tal es lo que en mi concepto ha venido sosteniendo la jurisprudencia. De modo que no creo que la honorable mayoría esté rigurosamente en la verdad acerca de lo que asevera sin distingos, precisamente para sostener la que en mi concepto es menos defensable....

"Ahora bien: en el caso que estudio, en mi concepto existe una base vigorosa, que sirvió al señor Juez para sustentar la premeditación y luégo al Jurado para afirmarla 'rotundamente,' ya que tengo para mí que nada vale la fantasía de la hipótesis cuando ésta ha sido forjada a guisa de verdad.

"Estos fueron los fundamentos:

"1º La vieja enemistad que existía entre Valencia y Montoya, suscitada por una riña, en la cual éste llevó la peor parte, quedando, a consecuencia de las heridas recibidas entonces, 'manco y deforme.'

"Tres años, más o menos, hacía que había ocurrido este incidente, cuando acaeció el homicidio. De modo que fue la venganza, esa monstruosa pasión, la que alentó a Montoya para cometer el delito. Ya volveré sobre este punto oportunamente.

"2º El hecho de haber solicitado en préstamo el reo, y precisamente el día de los sucesos, a María de J. Marín, una escopeta, dizque 'para ir a matar unos pájaros,' y lo que mató fue un hombre.

"Y 3º La misma alevosía con que consumó el asesino el crimen, a poco rato de haber adquirido el arma. En su fondo subjetivo, es este un argumento de valor incalculable para sostener la premeditación. Adelante se podrá apreciar mejor lo aquí aseverado.

"Por el momento basta decir que esto es más que suficiente para el efecto indicado.

"En vista de lo dicho, no me explico jurídicamente la hipótesis forjada por la honorable mayoría para explicar con 'tánta sencillez' un problema, que renglones atrás consideró intrincado y peligroso. Dice:

'.... No es, pues, absurdo suponer que Montoya, yendo como iba, armado, al encontrarse con su mortal enemigo, a quien le tenía miedo, como el Jurado lo afirmó, y de quien había recibido gravísimas ofensas, hubiera disparado súbitamente contra Valencia, en un arrebato de ira, o movido por ese miedo que le inspiraba su gratuito y antiguo enemigo....'

"Cualquiera de los dos móviles pudo ser, como lo dice la honorable mayoría: o la ira natural que provoca el deseo de venganza, o el miedo que mueve al cobarde a consumar su proyecto meditado. Pero al fin y al cabo no son ni pueden ser más que simples incentivos o móviles que impulsaron para la criminal acción.

"Lo de las ofensas graves recibidas con anterioridad que afirmó el Jurado, menos pueden significar otra cosa que un móvil, pues lo contrario equivaldría a justificar la venganza, dado el transcurso de tiempo entre aquéllas y el homicidio. Esto último confirma la premeditación en el caso de marras. Al respecto es muy claro el artículo 588 del Código Penal. Dice así:

'Cualquiera que sea la provocación, ofensa o injuria que mueva al homicida, se tendrá por premeditado el homicidio, en el caso de que se cometa sin riña ni pelea, no en el acto mismo de la provocación, injuria u ofensa sino algún tiempo después, suficiente para obrar con reflexión.'

"Y tres años o más, es tiempo sobrado para machacar y machacar."

La demanda de casación resume así la cuestión de derecho:

"Y como en mi sentir, el Jurado sí afirmó 'rotundamente' la premeditación, y ni siquiera quiso disminuirla o ponerla en duda, sino que se redujo a explicar el móvil del delito, estimo que hizo bien, y resolvió acertadamente el señor Juez de primera instancia, cuando le aplicó al reo la pena fija de veinte años de presidio. Por eso considero que en manera alguna es el caso del artículo 600 a que dio aplicación la honorable mayoría de la Sala, y sí el del 598 del Código Penal, en relación con los artículos B del Acto legislativo número 3 de 1910 y 3º de la Ley 54 de 1913.

"Que la Corte Suprema invalide el fallo de que recurro, y dicte el que deba reemplazarlo, en armonía con las razones que dejo expuestas, si es que ellas son las más aceptables, es lo que persigo con el presente memorial, en el cual fundamento el recurso."

Para resolver, se considera:

La cuestión se reduce a examinar el valor jurídico que tenga la agregación puesta por el Jurado en su veredicto.

Esa agregación consta de dos partes: "movido por el miedo," la primera, y por "las ofensas graves recibidas con anterioridad," la otra, las cuales es necesario estudiar separadamente.

El miedo es la perturbación o trepidación del ánimo en presencia de un mal que amenace inminentemente. En el campo jurídico penal, y de acuerdo con los principios clásicos que informan actualmente nuestra legislación, el miedo puede acabar con la libertad, y ser causa de imputabilidad moral, y por consiguiente, de irresponsabilidad legal; puede sólo disminuirla o puede no influir para nada en ella.

Para que el miedo pueda ser causa de excusa, y por consecuencia de irresponsabilidad, es preciso que no pueda eludirse sin recurrir a medios violentos, es decir, cuando se está en presencia de un mal actual, grave, de naturaleza insuperable, serio y de transcendencia.

No hay duda que si el Jurado se hubiera referido a esa clase de miedo, por más que la primera parte del veredicto hubiera sido afirmativa, en el fondo la segunda habría desvirtuado o anulado la primera. Es tanto como si un Jurado dijera en respuesta a un cuestionario por homicidio: "Sí, pero en legítima defensa." El sí quiere decir en ese caso que el Jurado acepta la imputación material, pero desconoce la responsabilidad por haber mediado una condición jurídica que legitima el acto y lo exime de toda culpabilidad.

Mas como el Jurado, después de declarar que el acusado Montoya era responsable de acuerdo con la pregunta que se le hizo, la cual contenía la voluntariedad y además la premeditación, agregó que lo había hecho "movido por el miedo," y como las consecuencias de éste son distintas, según su naturaleza, como ya se vio, el veredicto debe interpretarse ya en sí mismo, ya de acuerdo con las constancias del proceso. Ese es el camino que garantiza el mayor acierto y aleja el peligro de la arbitrariedad.

Para ello es conveniente conocer la historia de los acontecimientos que el Juez presenta fielmente en el siguiente pasaje del auto de proceder, de acuerdo con las diligencias del informativo, y que no fue en manera alguna desvirtuada durante el juicio, ni menos durante la tramitación de este recurso extraordinario; pues, como ya se dijo, sólo interpuso casación el Fiscal del Tribunal, en los términos que se dejaron planteados:

"Corresponde ahora a este Despacho dictar nuevamente el auto de proceder, toda vez que el informativo suministra prueba suficiente para ello, como lo demuestran el señor Fiscal y el señor Juez en las piezas calificadoras que se leen a folios 36 y 37, 48 y 49, cuyos razonamientos se prohijan por estar acordes con las probanzas recogidas."

Dice el Fiscal, doctor Sierra H., lo siguiente:

"El día cinco de septiembre último (mil novecientos veintiséis), se dirigía Bernardo Valencia de la población de Cisneros, acompañado de Ana Cecilia Berrío, para la casa donde vivía con ésta, situada en el paraje denominado **Alto del Canelo**, del Corregimiento de **San José de Providencia**, del Municipio de San Roque (sic), y unas dos cuadras antes de llegar a su casa, como a las seis de la tarde, le dispararon de una de las orillas del camino un tiro de escopeta, compuesto de diez proyectiles (postas o municiones grandes de plomo), los cuales entraron por la espalda y le hicieron sendas perforaciones dobles en el estómago y en la aorta abdominal, a consecuencia de lo cual murió pocos momentos después.

"No obstante que el asesino, que lo fue Manuel Montoya, usó de todas las precauciones que creyó suficientes para su impunidad, fácilmente fue descubierto; y los indicios recogidos contra él son de tal magnitud, que no vacilo en asegurar que forman la plena prueba de su culpabilidad. Son los siguientes:

"El día del asesinato fue como a las doce m. a la casa de la señora María de Jesús Marín, a que ésta le prestara una escopeta que allí tenía su esposo Feliciano Giraldo, la cual le prestó, en efecto, dicha señora. Esta dice (folio 19 vuelto), que Montoya le manifestó que tal escopeta era para matar unos pájaros. Su hijo Luis Eduardo Giraldo, niño aún, les manifestó a los policías Adán Castañeda y Efraím Peña (folios 9 y 10), que Montoya le había dicho a su madre, al pedirle en préstamo la escopeta, que era para matar a Bernardo Valencia; pero esto no parece que haya sido cierto, o al menos no está comprobado.

"Aquella escopeta la devolvió Montoya a la casa de su dueño un rato después de haber cometido el asesinato con ella, y tres o cuatro días más tarde volvió donde la señora María de Giraldo a pedirle que no lo fuera a comprometer, que negara lo del préstamo de la escopeta, y todo lo que supiera relacionado con el asunto (folio 20).

"A José de J. Gómez (alias **Cilo**), folio 5 vuelto, y José de Jesús Montoya (folio 13), les consta personalmente que a la hora en que ocurrió el asesinato no estaba el sindicado Montoya en su casa. El último oyó el disparo, y vio que del punto preciso donde sonó la detonación salió Montoya en carrera de huída, y después de dar algunos rodeos, llegó a su casa con la escopeta, con la cual se retiró algún rato después; que se le notaba que estaba acobardado, y no quiso comer lo que su esposa le ofrecía."

De suerte que ni en los momentos del suceso, ni antes, el sindicado se vio amenazado, ni real ni siquiera subjetivamente por algún mal que le quisiera o pretendiera causar Bernardo Valencia, y en forma que hubiera despertado tal turbación en su ánimo, que para evitarlo, se hubiera visto en la necesidad de darle muerte..

Por tanto, el miedo de que habla el Jurado, para nada influyó en el obrar criminoso del agente.

Dicen algunos testigos que unos cuatro años antes, le oyeron decir al mismo sindicado Montoya, que Valencia lo había herido en la cara y una mano, heridas que en realidad le vieron, y por las cuales Valencia no había sido castigado por falta de pruebas. Fuera de este antecedente, de muy antigua data, nada más se encuentra que pudiera indicar persecución, intimidación ni peligro alguno para su seguridad y su vida, y que lo obligaran a tomar todas las precauciones para defenderse en caso necesario.

Varios años habían transcurrido desde la fecha de ese encuentro, que seguramente por las condiciones en que pudo verificarse, dando crédito al propio dicho de Montoya, no pudo éste olvidar hasta obtener su venganza, que fue el verdadero móvil del homicidio, y que el Jurado reconoció cuando dijo:

".... por ofensas graves recibidas con anterioridad."

Esta última agregación, en vez de reafirmar la influencia del miedo para extinguir o al menos para debilitar la libertad en el obrar y la conciencia del acto realizado, viene a dar más fuerza a la declaratoria de premeditación hecha expresamente por el Jurado al contestar de un modo afirmativo el cuestionario que la contiene, y que se formuló en armonía con los cargos enunciados en el auto de proceder. Pues si Montoya procedió movido por ofensas graves que había recibido con anterioridad varios años há, la perturbación del momento, el arrebato de ira, el disparo súbito de que habla el Tribunal, no tiene justificación; muy al contrario, esa explicación de los Jueces de conciencia indica que transcurrió bastante tiempo que le permitió meditar sobre la venganza que debía tomar, preparando y asegurando los medios de realizarla.

De ahí que el Código Penal, como lo anota el recurrente, en vez de atenuar la responsabilidad del acusado que mata en esas condiciones, la agrava, según se deduce del artículo 588, que dice:

"Cualquiera que sea la provocación, ofensa o injuria que mueva al homicida, se tendrá por premeditado el homicidio en el caso de que se cometa sin riña ni pelea, no en el acto mismo de la provocación, sino algún tiempo después, suficiente para obrar con reflexión."

Todo lo cual hace ver el desacierto del Tribunal, cuando le dio al veredicto un alcance distinto, y principalmente cuando dijo:

".... la explicación dada por el Jurado a la primera pregunta, admitiendo el miedo y las graves ofensas anteriores, no sólo como móviles sino como circunstancias que pudieron influir en el acto homicida de Montoya, parece contradecir el antecedente de la premeditación que en la misma cuestión se le preguntó al Jurado, y que se dio por establecido y probado en el auto de enjuiciamiento, en concepto de la Sala, sin los seguros fundamentos que el caso requería."

Y, si no obstante lo que se ha dejado expuesto, todavía quedare alguna duda en relación con la verdadera interpretación que debe darse a la contestación que el Jurado dio al primer cuestionario, ella se disipa completamente al tener en cuenta la que dio al segundo, en la cual declaró que el acusado era responsable, además, de haber ejecutado el delito con previa asechanza, a mansalva, a traición y sorprendiendo desapercibida a la víctima; lo que significa con claridad deslumbradora que el homicidio no fue el resultado de un primer movimiento, de un simple acto voluntario, de una reacción ante la actitud desafiadora del contrario, sino la consecuencia de una madura reflexión, que le permitió escoger arma, sitio y oportunidad para asegurar el ataque.

La expresión "movido por el miedo," estampada en el veredicto, da a entender, como lo observó el Juez de primera instancia, que se trata de "un miedo común vencible, el miedo natural que experimenta el asesino en el silencio de la selva," o como lo dijo el Magistrado del Tribunal que salvó su voto:

"El miedo de autos, no es el insuperable por un peligro inminente, sino el del asesino, que desde la vera del camino asecha cobardemente a su víctima, sin que ésta se aperciba de él, y luégo le dispara certeramente, dando al traste con su existencia"; y lo de las ofensas graves recibidas con anterioridad, que se afirmó igualmente, son como lo anota el celoso Agente del Ministerio Público, recurrente en este asunto, "el móvil, pues lo contrario equivaldría a justificar la venganza, dado el transcurso de tiempo entre aquéllas y el homicidio."

Para defender sus puntos de vista, agrega el Tribunal sentenciador:

"Tiene dicho la jurisprudencia que la circunstancia de la premeditación debe acreditarse plenamente en los juicios criminales, de tal manera que con meros indicios, no comprobados plenamente, como sucede en esta causa, no se debe dar por establecida."

Al consignar el Tribunal esta apreciación, olvidó que para dictar auto de proceder, cuando el cuerpo del delito está plenamente establecido, bastan graves indicios por lo que hace al elemento responsabilidad, al cual pertenece lo que se refiere a la premeditación, en el caso de que deba tenerse en cuenta. (Artículo 1627 del Código Judicial).

Y habiéndose ejecutoriado en el presente caso ese auto, que planteó el cargo con caracteres de premeditación, el Juez estaba en la obligación de incluírla en el cuestionario. (Artículo 47 de la Ley 169 de 1896).

Absuelta afirmativamente esa cuestión por el Jurado, a quien la ley no le "pide cuenta de los medios por los cuales llega a adquirir el convencimiento, ni le prescribe reglas de que deban deducir la plenitud y la suficiencia de las pruebas" (artículo 304, Ley 57 de 1887), si a juicio del Tribunal no estaba comprobada en el informativo la premeditación, el camino indicado era declarar la injusticia notoria (artículos 50 y 51 de la Ley 169 de 1896), pero no dividir el veredicto para acatarlo en una parte y desecharlo en la otra, violando el artículo 49 de la Ley y año mencionados, el cual dispone que la sentencia tiene que dictarse en conformidad con el veredicto, y el 264 de la Ley 57 de 1887, que indica que las penas tienen que aplicarse "con arreglo a las leyes **y a las resoluciones del Jurado.**"

Las anteriores consideraciones son suficientes para deducir que la agregación puesta por el Jurado no puede servir para descartar la premeditación que él mismo reconoció, tal como lo hizo el Tribunal, y por tanto, los fundamentos de la demanda de casación, en hecho como en derecho, están plenamente justificados, debiendo infirmarse el fallo recurrido.

Ya se dijo que esa explicación del Jurado, y principalmente cuando reconoció que el acusado había obrado en virtud de ofensas graves recibidas con anterioridad, si bien no puede servir para desvirtuar la concurrencia de la premeditación en el presente caso, equivale en cambio al reconocimiento del móvil, que tiene importancia

en algunas ocasiones para individualizar la pena dentro del máximum y el mínimum, que generalmente señala la ley penal; pues ese móvil revela el índice de mayor o menor peligrosidad que debe tener en cuenta el Juez de derecho al aplicar la sanción.

Sin embargo, al dictar la sentencia que debe reemplazar la del Tribunal, no se puede poner en práctica el criterio anterior, porque la pena que corresponde al asesinato es fija, y por consiguiente, no hay lugar al señalamiento de grado en la responsabilidad.

Por tales motivos, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Manuel Montoya, como autor del delito de asesinato cometido en la persona de Bernardo Valencia, a la pena principal y fija de veinte años de presidio. que debe cumplir en la Penitenciaría que designe el Gobierno. En todo lo demás queda en firme la sentencia del Tribunal, o sea en las condenaciones accesorias.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, julio once de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Vistos:

Al Jurado de calificación, convocado y reunido en legal forma para decidir acerca de la responsabilidad de Alfonso o Luis Alfonso Sierra por el delito de homicidio cometido en la persona de Rogelio Sierra, le fue sometido por el señor Juez de la causa, 1º Superior del Distrito Judicial de Medellín, la cuestión siguiente:

"¿El acusado Alfonso o Luis Alfonso Sierra es responsable de haber herido voluntariamente y con proyectil de arma de fuego (revólver) a Rogelio Sierra, a consecuencia de lo cual murió éste, hechos ocurridos así: la herida en el paraje denominado **Argentina**, jurisdicción del Municipio de Ebéjico, en la noche del dos al tres de julio de mil novecientos veintisiete, y la muerte en el paraje llamado **Guayabal**, jurisdicción del mismo Municipio, el día tres de los mismos mes y año?"

El Jurado contestó, por mayoría: **"Sí, con miedo."**

El señor Juez, dando aplicación al inciso 2º del artículo 602 del Código Penal, en relación con el numeral 2º del artículo 587 de la misma obra, condenó al mencionado Sierra a la pena principal de tres años de reclusión y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelada la sentencia por el defensor, fue reformada por el Tribunal, en el sentido de aplicar simplemente el artículo 600 del Código de la materia, y en esa virtud condenó al encausado a la pena de seis años de presidio, en lugar de los tres de reclusión impuestos por el Juzgado. Uno de los Magistrados del Tribunal no estuvo de acuerdo con lo resuelto por la mayoría de la Sala, y al efecto, expuso en su salvamento de voto las razones que lo movían a expresar su conformidad con la sentencia del Juzgado.

Contra el fallo del Tribunal Superior interpuso recurso de casación el propio defensor del condenado, recurso que le fue concedido, y como la demanda presentada para sustentar éste, reúne los requisitos exigidos por la ley, se procede a estudiar el negocio en el fondo.

Como causales para que sea casada la sentencia, han sido alegadas las señaladas en el artículo 3º, ordinal 1º, de la Ley 78 de 1923, por haberse aplicado una disposición distinta de la que debía aplicarse, y la 3ª de las indicadas en el artículo 3º de la misma Ley, por estimar el recurrente que la sentencia se halla en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Ante todo deben sentarse las bases de las causales propuestas, a fin de conocerse el estado de la cuestión.

Sobre la manera como debe estimarse jurídicamente la respuesta del Jurado, el señor Juez a quo hace las siguientes consideraciones:

"En el informativo no hay constancia de que el acusado Alfonso Sierra obrara movido por el miedo. Sin embargo, en la información sumaria que obra de folios 82 a 85, dicen algunos testigos que Rogelio Sierra, cuando tomaba licor y estaba embriagado era pendenciero, de tal manera que le buscaba pleito aun a los agentes de la policía, y era, además, rápido para armarse y agredir, y que en alguna ocasión le rompió un sombrero nuevo a Alfonso, y le dijo inmediatamente después, 'que si no le había gustado,' y Alfonso le contestó: 'que eso no valía la pena, que sombreros se conseguían todos los días,' con lo cual se retiró del lado de Rogelio, como por miedo de éste. (Declaraciones de Manuel Flórez y Luis Valderrama, folios 83 y 84). Quizá en estas declaraciones se funda el Jurado para deducir que Alfonso procedió con miedo; y aun cuando esta circunstancia no aparece suficientemente clara, ni comprobada en los autos, habrá de aceptarse por la independencia casi absoluta que les da la ley a los Jurados para decidir en conciencia, sin atenerse a la tarifa legal de pruebas.

"Ahora bien: cuando el Jurado afirma que Sierra, al cometer el delito de homicidio, procedió con miedo, ¿qué quiso decir? Gramaticalmente, nó; ni lógicamente, tampoco. Miedo es un movimiento del ánimo producido por la representación de un mal inminente y futuro. El asesino puede obrar con miedo, como puede sentirlo el héroe en medio del combate, ya que el valor consiste precisamente en dominar ese impulso que trata de coartar y reducir la voluntad. Se obra por miedo cuando este movimiento del ánimo producido por la representación de un mal influye en el uso de la razón, hasta suspenderlo del todo, caso en el cual el acto ejecutado deja de ser voluntario; pero ordinariamente esto no sucede, aunque sí disminuye la plenitud de la libertad.

"Sin duda el Jurado quiso decir esto, que Alfonso al disparar sobre Rogelio lo hizo impulsado por el miedo o temor de un mal grave, dados los antecedentes y la actitud asumida por éste. Y en tal caso el homicidio queda comprendido en el numeral 2º del artículo 587 del Código Penal, que dice:

'Artículo 587. El homicidio se reputa simplemente **voluntario** cuando se comete mediando alguna de las circunstancias siguientes:

. . . . . .

'2ª Por un peligro, ultraje o deshonra grave, que fundadamente **tema** el homicida inmediatamente antes del homicidio, contra sí mismo o contra alguna de las personas expresadas en el número anterior.'

"Y aunque en el auto de proceder se dejó sentado que fue el abuso del licor lo que impulsó al sindicado Alfonso Sierra a cometer el delito de homicidio, el cual se calificó, desde luégo, como simplemente voluntario en uno de los casos más graves, a juicio del Juez, en vista hoy de la resolución del Jurado, que indudablemente trata de favorecer al reo, se hará uso de la atribución conferida por el artículo 602, inciso 2º, ibídem, para darle aplicación a la pena allí señalada, o sea la de tres años de reclusión, ya que la delincuencia del reo debe calificarse en tercer grado, por no concurrir pluralidad de circunstancias agravantes."

Por su parte, el superior que conoció de la apelación del fallo del Juzgado, y que no aceptó la tesis de éste, se expresó así, en relación con tal fallo:

"El Tribunal no puede acoger la argumentación del Juzgado para llegar a la conclusión a que éste llega, porque, hay que afirmarlo enfáticamente, la respuesta del Jurado al declarar la responsabilidad de Luis Alfonso Sierra en el homicidio de autos, no hizo otra cosa que agregar al adverbio afirmativo el complemento 'con miedo,' y de esto no hay que deducir forzosamente, como parece entenderlo el Juzgado, que el homicidio deba tenerse como de los menos graves a que alude el artículo 602 del Código Penal; nó, en manera alguna. A lo más puede deducirse de esa respuesta, como lo deduce el Juzgado y como ya se dejó también admitido por la Sala, párrafos antes, que esa respuesta entraña un concepto favorable para el reo, o que 'indudablemente trata de favorecer al reo.' Pero en realidad de verdad, esa respuesta del **Juri**, ese veredicto, no precisa otra cosa que la responsabilidad por un homicidio simplemente voluntario de los del artículo 587, el contemplado en la circunstancia 2ª, precisamente, que dice: 'por un peligro, ultraje o deshonra grave, que fundadamente tema el homicida, inmediatamente antes del homicidio, contra sí mismo o contra alguna de las personas expresadas en el número anterior.

"Ahora bien: como se trata de un caso de homicidio simplemente voluntario de los no previstos en disposiciones especiales del Código, en tesis general hay que admitir que el castigo en casos tales lo señala el artículo 600 de la obra citada. Bien es verdad que el inciso 2º del artículo 602 consagra una penalidad mucho más favorable que aquélla cuando se trata de un caso como el contemplado en este proceso, o sea de un homicidio encajable—como está encajado éste—en el número 2º del citado artículo 587; pero para hacer uso de esta facultad de reducción de pena, que consagra el inciso dicho del artículo 602, se exige allí mismo que el delito que se vaya a castigar sea 'menos grave,' a juicio del Juez.

"De manera que la estimación de **'menos grave'** la hace el Juez de derecho con independencia del Jurado, mientras el veredicto de éste no lo obligue a otra cosa, como no lo obligó en este caso. La calificación, pues, de **menos grave** en el caso presente, debía hacerla el Juez de derecho, como la hizo, porque al respecto nada dijo el Jurado. Y así como el Juzgado consideró y calificó el homicidio de que aquí se trata en el auto de proceder 'como simplemente voluntario **en uno de los casos más graves**' (subraya la Sala), debió también mantener esta apreciación en la sentencia, mientras no la variara algún elemento distinto del veredicto del Jurado; pues con apoyo en éste—ya se ha dicho—no tiene porqué variarla, ya que esa respuesta no ha hecho otra cosa que determinar un caso claro de homicidio simplemente voluntario, sin que entrañe concepto alguno respecto a su mayor o menor gravedad; y como los autos sí dan base firme y sólida para impugnar la calificación de **menos grave**, a ellos debió atenerse el Juzgado de primera instancia con la misma libertad con que se atuvo en el auto calificador para decidir que el homicidio estaba en uno de los casos más graves.

"Y se dice que los autos dan la medida plena de la mayor gravedad, porque está perfectamente comprobado que el disparo mortal que Alfonso Sierra hizo sobre su primo Rogelio fue tan rápido, que el testigo Moisés Velásquez dice que al zafarse Rogelio (el ofendido) de manos de Alfonso (homicida), echando su guarniel para adelante, 'no sé con qué objeto—dice el testigo, hablando de Rogelio—Alfonso le disparó inmediatamente, a tal punto, que el testigo conceptúa que seguramente Alfonso tendría su revólver en la mano' (véase folio 7); y Misael Chica (8 vuelto), se expresa así: '.... entonces Alfonso se dirigió hacia donde estaba sentado Rogelio, como a agarrarlo, y éste, de pie, lo rechazó con sus manos, y volteó su guarniel hacia adelante, y no supe qué más haría, porque **en ese mismo momento** (subraya también la Sala), vi que Alfonso le disparó a Rogelio y caer en el acto, herido en el estómago.'

"Estas declaraciones de testigos idóneos y presenciales están indicando que aún Rogelio no había asumido actitud tan temible, cuando le disparó Alfonso, que pusiera a éste en el caso de un temor inminente de peligro grave, y así debe atenderse a estas peculiarísimas circunstancias para concluír, en buena lógica, que no hay porqué darle a este homicidio simplemente voluntario, el carácter de menos grave."

Al referirse el recurrente a la sentencia, cuyos párrafos principales se han transcrito, trata separadamente las causales en que funda el recurso, y alega lo siguiente:

"Primera causal.

"El Jurado contestó a la cuestión propuesta por el señor Juez de una manera afirmativa, y agregó que había mediado en el hecho la circunstancia del miedo por parte del homicida Luis Alfonso Sierra. En cuanto a Evelio Sierra, otro sindicado, negó la responsabilidad.

"Ambas determinaciones, dice la sentencia, son justas; la primera entraña un concepto favorable para el reo, inspirado, sin duda, en las probanzas de folios 82 a 85 de los autos, indicativas del miedo que se apoderó del reo cuando disparó.

"Y deduce que se trata de un homicidio simplemente voluntario en los casos más graves que encaja en la circunstancia 2ª del artículo 587 del Código Penal, que dice:

'Por un peligro, ultraje o deshonra grave, que fundadamente tema el homicida, inmediatamente antes del homicidio, contra sí mismo o contra alguna de las personas expresadas en el número anterior.'

"Desde luégo se nota que el Jurado no habló de temor, sino de miedo, que son cosas distintas, y que no se puede cambiar el término empleado por los Jueces de hecho para acomodar el delito en una disposición desfavorable a los intereses del sindicado o del acusado.

"Todos decimos perfectamente: 'el principio de la sabiduría es el temor de Dios,' y sería casi blasfemia decir que el principio de la sabiduría es el miedo de Dios. Luego miedo y temor no son términos equivalentes, de modo

que se pueda reemplazar el uno por el otro, sin cambiar por completo el alcance de la frase."

Luégo de describir el recurrente, con citas de autores, las diversas manifestaciones del miedo en el organismo humano, continúa su alegación de esta manera:

"Las consecuencias del miedo en todo sér humano son inmensamente más graves que las del temor. Por tanto, no se puede igualar nunca la gravedad del homicidio efectuado por el simple temor de un peligro, ultraje o deshonra grave, con el homicidio causado bajo la influencia del miedo, que nos impulsa instintivamente a la defensa contra un peligro actual o inminente.

"Rogelio Sierra, dicen los testigos citados en el salvamento de voto del señor doctor Ceballos, era individuo peligroso, rápido para armarse y para agredir. Luis Alfonso Sierra se le acerca, creyendo que puede continuar con él el juego que tenía con Evelio Sierra. En vez de encontrar al amigo que buscaba, tropieza con un hombre airado, que lanza su guarniel hacia adelante. Ve instantáneamente que es el primer movimiento para sacar arma, y como sabe la rapidez con que se arma y dispara, se considera perdido, y por el miedo, dispara, creyendo que se encuentra en el preciso caso de defenderse. Aquello es instantáneo, ciego, arrebatado, sin darse siquiera cuenta de lo que hace. Allí no hay temor, allí hay verdadero miedo al hombre que ha atentado contra otros, que a él mismo le ha quitado un sombrero nuevo y se lo ha roto, y luégo lo ha provocado, provocación que Alfonso Sierra no acepta, porque teme a Rogelio, y por temor se retira. Pero en el caso de esta causa, ya no es un sombrero el que se ve roto por las balas, es su mismo cuerpo el que considera va a ser despedazado, y acude a salvarse por el único medio que se le presenta.

"¿Cómo puede ser éste uno de los casos más graves de homicidio simplemente voluntario? Considerarlo así, es error manifiesto, y por ello es una violación de los artículos 587, circunstancia 2ª, y del 600, el aplicarlos a Luis Alfonso Sierra.

"Mucho más en lo cierto estuvo el señor Juez, al considerar el homicidio de Sierra en uno de los casos menos graves del artículo 587, dando al efecto aplicación al artículo 602 del Código Penal.

"Pero es lo cierto también que tampoco esta disposición es la que conviene al negocio.

"Muchos son los casos en que los Jurados han dado esa respuesta: 'Sí, por miedo,' y en ella se dio aplicación al artículo 608 del Código Penal. Y en ello había toda la razón.

"Luis Alfonso Sierra no había provocado a Rogelio del mismo apellido en forma alguna. Ni siquiera estaba tratando con él. Jugaba con Evelio. La actitud repentina de Rogelio fue de agresión, injusta, inminente, dado su carácter, y grave. Luis Alfonso se creyó en el caso de defenderse, debido a su miedo. Habría exceso, ligereza u otra culpa, quizá un ligero anticipo al momento preciso de entrar en esa defensa, y por tanto, la pena a que se hizo acreedor fue la de uno a cuatro años de reclusión, o mejor a la de uno, dada la calificación del delito que se ha hecho en el grado más favorable.

"La sentencia ha debido dar aplicación al artículo 608, único que tiene cabida, y cualquiera otra disposición que se aplique, resulta violada por errónea aplicación al caso controvertido."

Respecto a la primera causal alegada, la Corte considera:

Ciertamente, la forma en que el Jurado expresó su veredicto, da margen para pensar que éste debe tomarse integralmente, en conjunto, máxime si se tiene en cuenta que la agregación "con miedo," no se halla desprovista en autos de fundamento, y que jurídicamente apreciada, tiene su significación dentro de la ley. Se reduce, pues, el asunto a estudiar qué valor debe darse a la agregación de los Jueces de hecho, y cómo debe ella entenderse, bien en sí misma, bien en armonía con las constancias del informativo.

Para apreciar el estado de la cuestión y fijar el alcance, concreto y breve, de cualesquiera consideraciones, es oportuno y conveniente conocer la historia del hecho que originó este negocio. A este respecto vale transcribir lo que dice el señor Magistrado que salvó su voto, y que relata así el acaecimiento:

"Hacia la media noche del dos de julio del año pasado llegó el acusado Sierra a la tienda de Manuel Flórez, en donde se encontró con Rogelio y Evelio Sierra, hermanos entre sí y primos de aquél, todos amigos; Evelio y Alfonso entraron en un torpe juego de manos, y como el segundo ya dominaba al primero en la amistosa lucha, Rogelio dijo a su primo que para juegos como esos buscara individuos de más fuerzas que su hermano Evelio; fue entonces cuando el procesado se dirigió a su interlocutor como a luchar con él, pero Rogelio lo rechazó, y **rápidamente** 'tiró su guarniel hacia adelante,' momento en el cual Alfonso disparó sobre su primo, dejándolo herido de muerte.

"Los testigos Moisés Velásquez y Misael Chica, folios 7 y 8, al narrar de aquel modo los hechos, dicen que no saben 'con qué objeto' requirió Rogelio su guarniel; mas el suscrito, de acuerdo con el señor Fiscal 1º Superior, se atreve a pensar que el occiso, por haber sido quien fue, llevó la mano a su guarniel para proveerse del arma e incontinenti atacar con ella; y no es esta una suposición infundada: Rogelio fue hombre peligroso, agresivo, y estuvo siempre listo para la contienda armada. Los deponentes de folios 83 a 85, suministran declaraciones como las siguientes, que el Jurado conoció, y en las cuales esta entidad pudo inspirar su veredicto. Estos testigos y esos dichos son:

"1º Manuel Flórez. Dice:

'No sé si el asunto de los peinillazos fue el mismo día que me tocó presenciar cuando Rogelio le rompió de un balazo el sombrero a Alfonso. También me consta que Rogelio, al romperle el sombrero nuevo a Alfonso en la forma dicha, le dijo a éste que si no le había gustado, y Alfonso manifestó que eso no valía la pena, que sombreros se conseguían todos los días, y después de contestar esto, se retiró, como con **miedo** de Rogelio.'

(Este subrayado y los que siguen son del infrascrito).

"2º Juan Pablo Torres. Dice:

'Rogelio Sierra, cuando estaba embriagado, era igualmente de pendenciero, de tal manera que le buscaba pleito aun a la misma policía; a un cuñado le dio de peinillazos en días anteriores al de su muerte, y como Evelio, era **rápido** para armarse y agredir....'

"3º Luis Valderrama. Dice:

'.... me consta que un día, cuya fecha no recuerdo, estando embriagado le dio de peinillazos a un cuñado, y que en otra ocasión, sin recordar tampoco la fecha, le

rompió de un balazo un sombrero nuevo a Alfonso, diciéndole inmediatamente después a éste, 'que si no le había gustado,' contestándole al momento Alfonso 'que eso no valía la pena, que sombreros se conseguían todos los días,' con lo cual se retiró del lado de Rogelio, como por miedo de éste.'

"4º Aldemar Tobón. Dice:

'Rogelio Sierra, cuando tomaba licor, era pendenciero igualmente, de tal manera que le buscaba pleito aun a la misma policía, y una vez me tocó verlo que la provocaba estando a caballo, en una de las calles de esta población, y embriagado, y aun sacó revólver o trató de sacarlo, por lo que observé. Lo de los peinillazos al cuñado, lo oí decir, pero no me consta de vista; lo que sí me consta, por haberlo presenciado, es que era **rápido** para armarse por cualquier disgusto.'

"Dígase, pues, que no fue inocente, y sí muy azaroso el brusco movimiento de Rogelio cuando llevó la mano a su guarniel, y acéptese, en el caso, el siguiente concepto del señor Fiscal, quien, al dorso del folio 63, expresa:

'Debe anotarse que cuando Alfonso se dirigía como a forcejear con Rogelio, éste lo rechazó, y poniéndose de pies, volteó su guarniel hacia adelante. Este último detalle, apuntado en varias declaraciones, es indicativo de una actitud amenazante por parte de Rogelio Sierra, aunque nadie vio que sacara arma. Esto lo confirma el hecho de que en ese preciso momento, en vista de la actitud peligrosa de Rogelio, fue cuando Alfonso Sierra disparó su revólver contra él, pudiendo haberlo hecho antes, si en realidad abrigaba deseos de herir.'"

Sin entrar en largas disertaciones, se puede decir que el miedo, en sentido que exime de responsabilidad, es la perturbada manifestación del ánimo, que hace obrar a una persona instintivamente, colocada dentro de determinadas circunstancias de peligro, el cual debe ser inmediato, inminente, actual, grave e insuperable. Y es obvio que el peligro debe reunir tales condiciones, cuando menos, porque si se puede prever o no es de naturaleza tal que aún se puede evitar sin acudir a la violencia, la responsabilidad existe indudablemente, pudiendo ser susceptible de mayor o menor atenuación, según las características que presente la propia realidad del hecho.

En el presente caso, de acuerdo con lo que consta en el informativo, en armonía con las comprobaciones de autos, que se han mencionado ya, no se puede afirmar que el peligro en que se vio envuelto Sierra, y por lo mismo el miedo que se apoderó de él y que le atribuyó el Jurado, fuera de la naturaleza y condiciones del que se deja expresado. No siendo esto así, como efectivamente no lo es, debe quedar colocado el hecho dentro de las características generales, es decir, dentro de aquellas que le quitan al acto gravedad, pero no lo destruyen, sino que simplemente lo atenúan en sí mismo y en sus consecuencias.

Ahora bien: es indudable que a un hecho de tal clase, apreciado en esa forma por virtud del veredicto de un Jurado que tiene apoyo en autos, debe ver el juzgador de derecho si le cuadra una disposición de la ley penal sustantiva para los efectos del caso. Dentro de esta consideración, la Corte estima que los razonamientos del señor Juez a quo y del señor Magistrado del Tribunal, que salvó su voto en la sentencia de éste, son acertados, y se halla dentro de la verdad legal; porque, efectivamente, el veredicto de los Jueces de conciencia, interpretado del modo como se deja expresado, queda comprendido en el numeral 2º del artículo 587 del Código Penal, y entonces se impone la aplicación del inciso 2º del artículo 602 del mismo Código.

Aquí conviene observar, en relación con lo argüido por el recurrente sobre la significación de las palabras **temor** y **miedo**, que la distinción traída por él para el caso de autos, es tan sutil, que se desvanece por sí misma, y que la paridad por él propuesta en su ejemplo no es cabalmente exacta, ni por lo tanto aceptable, pues una cosa se refiere estrictamente a asunto de orden moral y religioso y otra a cuestiones de carácter legal y jurídico, dentro de un significado general.

En efecto, es evidente e innegable la sinonimia que existe entre las palabras miedo y temor, porque si la una es pasión propia del individuo que la tiene, y que consiste en la aversión natural y espontánea a algo que se cree pueda causar daño, la otra estriba en la predisposición del ánimo para huir o evitar un peligro o daño que se estima cercano. El miedo puede ser causa o motivo permanente en el sujeto que lo abriga respecto de algún hecho; el temor constituye la previsión de ese mismo resultado que se teme, que es precisamente el caso del sentenciado Sierra, y lo que quisieron expresar con la palabra **miedo** los miembros del Jurado, ya que para ellos los términos del lenguaje común y corriente son tomados en su sentido natural y obvio, sin que sea menester emplear para estos casos palabras o fórmulas sacramentales, que ni siquiera existen dentro de la terminología del derecho.

Lo que se acaba de expresar está diciendo implícitamente, al propio tiempo, que la respuesta del Jurado, y que se examina, no puede encajar en manera alguna en el artículo 608 del Código Penal, como lo estima el recurrente. Basta considerar simplemente que esta disposición se refiere al artículo 591, que trata de homicidios inculpables absolutamente, y alude a males o peligros en acto, de suma gravedad, y no a peligros posibles o en potencia, como en el caso de Sierra, para que se vea que tal disposición no ha debido ni siquiera insinuarse en el debate, ya que es extraña a éste.

Debe concluírse, pues, que habiéndose hecho viable legalmente la agregación del Jurado, por medio de las declaraciones de Manuel Flórez, Juan Pablo Torres, Luis Valderrama y Aldemar Tobón, citadas y apreciadas atrás, la respuesta o veredicto de los Jueces de hecho debe tomarse de una manera integral, aplicándose las disposiciones del Código Penal que la traducen y contemplan, disposiciones que también se han mencionado ya. En consecuencia, debe casarse la sentencia recurrida en el sentido de imponer la pena de tres años de reclusión en lugar de seis años de presidio, impuestos por el Tribunal en su fallo.

Pero debe dejarse sentado, de manera absolutamente formal, respecto de la conclusión a que en este fallo llega la Corte, que ella se debe a la circunstancia de haberse demostrado, dentro del recurso, que evidentemente el Tribunal, de cuya sentencia se ha tratado, aplicó una disposición que no corresponde a lo probado en autos, en armonía con el veredicto del Jurado, el cual, al poner la agregación que puso después del Sí, hizo posible, legalmente, la estimación de dicho veredicto en su conjunto, por cuanto que, en realidad de verdad, de acuerdo con lo que se dejó expuesto, hay lugar a considerar el hecho

delictuoso de que es responsable Sierra, como menos grave, sin que pueda decirse, en manera alguna, que siempre que un Tribunal de hecho contesta de este modo, es decir, agregando la circunstancia del miedo, haya de estimarse como menos grave el hecho. Ello sólo será posible, vuelve a repetirse, cuando de autos aparezca de una manera clara, perentoria, indudable, que el acusado procedió bajo el influjo indefectible de ese miedo. En caso contrario, una agregación de tal clase debe considerarse como no hecha, y tenerse el veredicto como simplemente afirmativo, sin modificación alguna.

Dentro de los conceptos anteriormente expresados, es como se procede a dictar el fallo que debe reemplazar el del Tribunal, a pesar de lo erróneamente insinuado por el recurrente, respecto de la aplicación de la ley penal sustantiva.

La calificación de la delincuencia del acusado en el menor grado, es legal, porque evidentemente existen los motivos en que ella ha sido apoyada.

Las penas accesorias se hallan legalmente impuestas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de condenar al acusado Alfonso o Luis Alfonso Sierra, de acuerdo con el veredicto del Jurado, y dando aplicación al inciso 2º del artículo 602 del Código Penal, en relación con el numeral 2º del artículo 587, en lo que atañe al caso contemplado, a la pena principal de tres años de reclusión, en lugar de seis años de presidio impuestos por el Tribunal. En todo lo demás queda en firme la sentencia de éste, es decir, en cuanto a las condenaciones accesorias.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Vistos:

Ha sido remitido el presente asunto a esta Superioridad, por el señor Ministro de Guerra, en consulta de la sentencia absolutoria proferida por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, con fecha siete de junio del año próximo pasado, en la causa seguida contra el Teniente Manuel J. Agudelo, por los delitos de heridas y abuso de autoridad.

Surtida la tramitación propia de esta instancia, se procede a resolver lo que fuere legal.

Los hechos que dieron margen a este informativo fueron los siguientes, según la completa relación que de ellos hace el señor funcionario instructor:

"El sábado veinte de abril del año en curso salió de la Escuela la Compañía de Cadetes al mando de su Capitán, el señor don Hernán Quijano Parra, con el fin de llevar a efecto algunos ejercicios en el terreno de Santa Ana, Municipio de Usaquén; a esta Compañía pertenecía el señor Teniente don Manuel Agudelo, que desempeñaba las funciones de Comandante del tercer pelotón, y el cadete Enrique Montoya Restrepo, quien formaba en ese día parte de la Banda de guerra, en la cual aprendía a tocar corneta.

"Cuando la Compañía formó esa mañana en el patio de la Escuela, y el señor Teniente Agudelo ordenó ponerse firmes para dar cuenta al Comandante de la Unidad, el cadete Montoya no cumplió la orden, lo cual hizo que el señor Teniente Agudelo repitiera la orden hasta por tres veces, y se dirigiera al cadete Montoya llamándole la atención por el no cumplimiento de sus mandatos; luégo que salió la Compañía, y ya por el camino, el cadete Montoya se salió de la fila, por lo cual, el señor Teniente Agudelo tuvo que llamarle nuevamente la atención. Ya en el terreno, la Compañía fue retirada, y a poco después recibió orden de formar nuevamente para continuar el servicio; a esta formación se retardó el cadete Montoya, por lo cual el señor Teniente Agudelo lo hizo salir de la fila y volver a ella, pero como Montoya no obedeció la orden de hacerlo aprisa, el Oficial se vio obligado a hacerlo salir y volver nuevamente a la fila. Luégo la Banda de guerra, a la cual pertenecía ese día el cadete Montoya, recibió orden de hacer algunos trabajos de fortificación, en los cuales este alumno trabajó bastante mal, lo que dio por resultado que el Comandante de la Banda, cadete Carlos E. Gil, lo mandara presentar por tres veces ante el señor Teniente Agudelo.

"Ya por la tarde, el señor Capitán Quijano ordenó formar la Compañía para pasar una revista de instrucción; el cadete Montoya no quería trabajar bien y no obedecía las órdenes del cadete Gil, Comandante de la Banda, lo cual, observado por el Oficial, hizo que éste fuera a donde Montoya y tratara de tomarlo por las orejas, pero el cadete se inclinó para no dejarse coger, por lo cual el Teniente le dio un golpe con la mano por la cabeza, y lo hizo entrar a la fila; como el Brigadier Mayor Efrén Salcedo viera que el cadete movía los labios, lo que le hizo suponer que murmuraba, lo llamó a donde él, y en los momentos en que el cadete Montoya salía de la fila para cumplir la orden del Brigadier, fue visto por el señor Teniente Agudelo, quien se vino sobre él y lo obligó a volver a su puesto en la Compañía, empujándolo y golpeándolo.

"Ya cuando la Compañía tomó la formación para el regreso a la Escuela, el cadete Montoya no cumplió lo que ordenaba el señor Teniente Agudelo, por lo cual éste tuvo que llamarle nuevamente la atención.

"Formada la columna de marcha, el señor Teniente Agudelo tomó la delantera de la Compañía, dos o tres pasos detrás venía la primera fila, compuesta por los Brigadieres y algunos distinguidos, y Montoya venía en la segunda fila, que la formaba parte de la Banda de guerra. El señor Capitán Quijano se hizo a un costado del camino a ver pasar la columna, y en seguida continuó marchando detrás de la Compañía. Habría recorrido ésta cerca de un kilómetro en dirección a la capital, cuando el cadete Montoya comenzó a decir a sus compañeros que iba a reclamar contra el señor Teniente Agudelo, quien afirma que oyó esto, pero que se hizo el desentendido; el Brigadier Mayor Salcedo llamó la atención de Montoya y le dijo que debía decirle lo que necesitara al señor Teniente Agudelo en su propia cara y no ponerse a murmurar detrás de él, a lo que respondió Montoya en voz alta que sí, que él reclamaría, que si ¿alcaso (sic) no se podía reclamar?, por lo cual el señor Teniente Agudelo se volvió, tomó a Montoya por el equipo y lo sacó de la fila, indicándole al señor Capitán Quijano, que venía detrás, y diciéndole que le fuera a reclamar. Afirma el Teniente en su declaración indagatoria, que en este preciso momento en que Montoya salió de la fila a un costado del camino, le dijo

bajo, e hipócritamente, 'no me joda, hijo de puta,' pero a pesar de los esfuerzos hechos por el funcionario para establecer esta circunstancia, no ha sido posible, pues ninguno de los miembros de la Compañía lo oyó, y el cadete Montoya lo niega en su declaración; lo cierto del caso fue que ahí mismo el señor Teniente Agudelo tomó su sable y lo descargó envainado sobre el equipo de Montoya, quien siguió apresuradamente en dirección al señor Capitán Quijano, es decir, en dirección contraria a la que traía la Compañía en su marcha; un poco más adelante, el Teniente, que marchaba detrás del cadete Montoya, le tiró otro sablazo, todavía envainado, pero que en este momento se desnudó, saltando la vaina lejos, la que fue alzada por uno de los alumnos; poco más adelante, el mencionado Oficial, señor Teniente Manuel Agudelo, descargó otro sablazo, ya con el arma desenvainada, por detrás, y como al hombro del cadete Enrique Montoya, en el preciso momento en que éste volvía a mirar hacia atrás para ver si el Teniente continuaba marchando detrás de él, por lo cual recibió el golpe de sable por el filo en la parte superior de la nariz, golpe que le causó una herida que lo hizo caer en tierra. En el momento en que Montoya caía, el señor Capitán Quijano vio desde su puesto que el Teniente Agudelo había golpeado al cadete con el sable, gritó al Teniente, y se vino a ver lo que ocurría, encontrando a Montoya en el suelo, quien al caer dijo, dirigiéndose al Teniente Agudelo, 'me jodió este hijo de puta.'

"El Capitán Quijano ordenó inmediatamente a la Compañía que continuara su marcha, pues se había detenido; dispuso que algunos alumnos recogieran a Montoya del suelo y lo condujeran a una casa, y allí se le hizo aplicar agua fría en la frente y poner un vendaje en la nariz, al mismo tiempo que ordenaba que se detuviera un bus o cualquier vehículo que pasara por la carretera para conducir al herido a la Escuela, lo que en efecto se hizo en uno de los buses que hacen el servicio entre Usaquén y Bogotá.

"Llegado el cadete a la Escuela, el señor Subdirector ordenó que se llamara al médico, quien llegó, practicó un ligero examen y pidió autorización para asociarse a un especialista, autorización que le fue concedida. Mientras el médico conseguía al especialista, el Dentista de la Escuela, doctor Leopoldo Forero, practicó una desinfección y una curación provisional en la herida del cadete Montoya.

"Poco después se presentaron los doctores Arturo Arboleda, especialista, y Jorge Laverde S., médico de la Escuela, quienes procedieron a practicar la operación quirúrgica, previa cloroformización del paciente. Entre las 5 y 45 y las 6 p. m., quedó terminada dicha operación, y el cadete quedó en la enfermería, al tiempo que el señor Teniente Agudelo, quien llegó a la Escuela con la Compañía, era arrestado provisionalmente en su pieza, de donde fue trasladado al Cuartel del Grupo **Bogotá**, en calidad de detenido el día primero de este mes.

"El dictamen de los señores médicos que practicaron la operación, fue que el mencionado cadete Montoya había recibido una herida producida con instrumento cortante, que le interesó la piel y el tejido celular, en una extensión de siete centímetros, empezando a dos centímetros hacia la izquierda de la parte media del caballete de la nariz (tercio superior) y dirigiéndose hacia la derecha y hacia abajo. También encontraron la fractura de los dos huesos propios de la nariz; el tabique nasal roto y luxado, así como los cornetes inferior y medio, que estaban luxados y desgarrada la mucosa que los tapiza. Los señores médicos conceptuaron en un principio una incapacidad de doce días. Posteriormente fue reconocido el herido por dos de los señores médicos legistas (folio 31), los que encontraron lo mismo que los médicos que operaron al herido, pero éstos dictaminaron que la incapacidad sería de quince días, lo que se confirmó con el último dictamen de los doctores Arboleda y Laverde, que corre al folio 58 (frente y vuelta)."

Como se ve, según la relación transcrita, tres partes o etapas pueden apreciarse dentro del desarrollo de los hechos que culminaron con las lesiones sufridas por el cadete Montoya: la primera, hasta cuando se ordenó formar la Compañía para pasar una revista de instrucción por el señor Capitán Quijano; la segunda, constituída por esta misma revista, junto con los incidentes que allí se desenvolvieron, y la tercera, formada y puesta en marcha ya la Compañía para el regreso, y después de haber recorrido cerca de un kilómetro con dirección a la Escuela Militar, cuando se suscitó el acaecimiento entre el Teniente Agudelo y el cadete Montoya, es decir, el hecho que dio lugar al ataque del primero al segundo.

Hecha esta observación, debe proceder la Corte a estudiar lo relativo a la jurisdicción, a efecto de saber si en el presente caso se trata de delito o delitos militares, cuyo juzgamiento corresponde a la autoridad respectiva, o se trata más bien de hechos delictuosos comunes, que caen bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria.

Inquiriendo las disposiciones legales sustantivas que informan, regulan y puntualizan este asunto de la jurisdicción militar, se encuentra lo prescrito por la Constitución en su artículo 170, y lo expresan en relación con éste los artículos 1360 y 1365 del Código Militar.

La primera de las disposiciones citadas dice:

"De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar."

Tal disposición consagra, pues, una jurisdicción especial para los hechos que tengan carácter delictuoso, cometidos por militares en servicio activo y en relación con ese mismo servicio, hechos que deben ser juzgados por los Tribunales respectivos, siguiendo las normas establecidas por el Código de la materia. Es decir, el artículo de la Constitución sienta la norma general, estableciendo el fuero especial, y cuanto a la manera como éste debe desarrollarse y las proyecciones a que alcance, remite a la ley reguladora pertinente. De ahí que las disposiciones de ésta tengan estrecha conexión con aquélla. Tales disposiciones son las siguientes:

Artículo 1360 del Código Militar:

"En tiempo de paz no hay fuero militar. Por tanto, todos los individuos del Ejército son justiciables ante los Jueces y Tribunales civiles ordinarios de la Unión por los delitos y culpas comunes en que incurran."

Artículo 1365 del mismo Código:

"Son delitos militares los que se cometen con infracción de las leyes militares, en asunto de servicio o dentro del cuartel. Todos los demás delitos o culpas cometidos fuera de estos casos, serán juzgados como delitos comunes por los Juzgados y Tribunales civiles."

A primera vista parece que exista alguna incongruencia o contradicción entre el artículo constitucional citado y el 1360 transcrito. Pero si se examinan a espacio y

cuidadosamente entrambas disposiciones, se verá que no existe ni una ni otra cosa. En efecto, al negar el artículo 1360 la existencia del fuero militar consagrado por la Constitución, parece que estuviera en pugna con ésta, que lo estatuye claramente conforme se ha visto. Y ello sería indudablemente así, si no viniera la segunda parte de este artículo a explicar de qué manera y en qué forma debe entenderse la expresión negativa. De ahí que agregue:

"Por tanto, todos los individuos del Ejército son justiciables ante los jueces y tribunales civiles ordinarios de la Unión, por los delitos y culpas comunes en que incurran."

Se refirió, pues, el artículo 1360, a los hechos delictuosos comunes cometidos por los militares en tiempo de paz, hechos que no están sometidos a jurisdicción especial ninguna, como sucede en épocas de guerra o de absoluta turbación del orden público. De ahí también que venga luégo el artículo 1365 a definir los delitos militares, los casos en que se cometen, las condiciones que deben tener. Y a armonizar seguidamente con el precitado artículo 1360, cuando expresa o consigna allí mismo esto:

"Todos los demás delitos o culpas cometidos fuera de estos casos, serán juzgados como delitos comunes por los juzgados y tribunales civiles."

Se echa de ver del contexto de las disposiciones que se estudian, entre las cuales existe una conexión o relación indefectible, cuál ha sido la intención del legislador, y de qué manera surge ella dentro del espíritu de aquellas disposiciones. Porque efectivamente quiso, al establecer la jurisdicción militar y al restringir los casos que a ésta competen, que sólo los delitos estrictamente militares, es decir, aquellos rígidamente subordinados al Código Penal Militar y expresamente contemplados en éste, fueran juzgados por los Consejos de Guerra respectivos, quedando sometidos a esa jurisdicción especial.

Y esta intención se explica claramente si se tiene en cuenta que son las autoridades militares las únicas llamadas a calificar y castigar las infracciones y delitos cometidos por militares en servicio, dentro de su propia organización, con relación a las leyes militares y de acuerdo con el procedimiento establecido para esos casos especiales. Por lo mismo, los hechos que se realizan fuera de esas circunstancias peculiarísimas—las cuales sólo los miembros de la institución militar pueden apreciar debidamente—deben caer bajo la jurisdicción ordinaria, porque dentro de ésta, en relación con los delitos comunes, ya se presentan complicaciones jurídicas de diversa índole, que los versados en la ciencia del derecho son los más capacitados para resolverlas y determinarlas, o calificarlas y juzgarlas con precisión y exactitud, cosa que sin duda no podrían llevar a cabo los encargados de la justicia militar estricta, por tratarse de asuntos jurídicos extraños a ella, que exigen un elevado y sólido criterio, el cual sólo se alcanza por medio de preparación y estudio.

Pero se puede argüir, y se ha argüido, en algunas sentencias anteriores relacionadas con esta materia, que conforme al artículo 1365 del Código Militar, de tres maneras se pueden realizar los delitos cuya competencia corresponde a la jurisdicción militar: en primer término, "con infracción de las leyes militares"; en segundo lugar, "en asuntos del servicio," y finalmente, "dentro del cuartel," y que estos dos últimos abarcan o dicen relación a delitos comunes de cualquier género.

"Para aceptar esa interpretación—se ha respondido a tal argumento acertadamente, en salvamento de voto del señor Magistrado doctor Parmenio Cárdenas, en asunto similar al presente, salvamento que corre publicado en la **Gaceta Judicial**, de febrero 20 de este año, tomo XXXV, número 1816—sería necesario sostener, sin que se encuentre la razón, que los delitos cometidos 'en asuntos del servicio' o 'dentro del cuartel,' no violan las leyes militares, y precisamente los hechos delictuosos que se cometen en esas condiciones de servicio o dentro del cuartel, son los que por su naturaleza violan directamente las leyes militares. En asuntos 'del servicio' se puede desobedecer al superior, lo que está sancionado por el Código Militar, en el Capítulo 9°, Título 3°, Libro 5°, y ese Código es una ley militar, luego es ésa la que se viola. Otro tanto puede decirse de la insubordinación, del ataque a los superiores, de la sedición, etc., que no por cometerse en asuntos del servicio, dejan de violar la ley militar, cuando es precisamente ésta, pero ninguna otra, la que se viola.

"Ahora, 'dentro del cuartel' pueden los militares combinar deserciones, sediciones, actos de desobediencia, y todo eso aparece igualmente previsto y sancionado en el Código Militar, y en semejante situación es imposible sostener que no se violan las leyes militares.

"Algo más: 'para que los delitos cometidos en asuntos del servicio' o 'dentro del cuartel' puedan ser castigados, es necesario que el Código Militar los haya previsto y les haya señalado las penas correspondientes, y como el Código Militar es precisamente una ley militar por excelencia, de carácter sustantivo, y si los ha previsto, según se ha visto, esos delitos violan la ley militar.

"Como 'dentro del cuartel' o 'en asuntos del servicio' se pueden cometer actos delictuosos que no violen las leyes militares, era necesario que el legislador estableciera como requisito indispensable, en la definición del delito militar, que infringiera la ley militar, o que se cometa con infracción de las leyes militares, como muy clara y expresamente lo dice el artículo 1365. De manera que esa condición no es un simple predicado, sino que constituye nada menos que la definición de lo que debe entenderse por delito militar, el cual se puede cometer en dos grandes formas: o 'dentro del cuartel' o 'en asuntos del servicio.' Estas dos últimas modalidades o circunstancias habrían podido suprimirse, y en el sentido de la primera parte, o sea de la definición, habría quedado completo. Es como si a la definición que de delito da el Código Penal, la voluntaria y maliciosa violación de la ley penal, se le hubiere agregado, lo que habría sido también inútil y hasta perjudicial, que el delito puede cometerse en las ciudades y en los campos, por los nacionales y extranjeros, en forma de homicidio, de falsificación de moneda, de robo, de hurto, etc.

"El artículo 1365 del Código Militar, sobre todo en su primera parte, no tiene por objeto hacer una enumeración de los distintos delitos que puedan cometer los militares y cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción militar, enumeración que se hace, como es lo natural, en todo el curso del Código, en sus distintos títulos y capítulos; ese artículo contiene, es necesario repetirlo, una simple definición, a la cual se le agregó algo que no era estrictamente necesario."

Para mayor abundamiento del punto que se viene tratando, se ha estimado conveniente y oportuno consignar lo que se acaba de transcribir, para que al apreciar tal punto, entendidas las locuciones "en asuntos del servi-

cio" o "dentro del cuartel," en la forma que se deja expresada, se estimen los hechos del informativo enfrente de la condición esencial exigida por la ley para que existan tales hechos como delitos militares, esto, es, que se hayan realizado "con infracción de las leyes militares." Y no se encuentra dentro del Código respectivo la disposición militar que haya sido objeto de alguna de las violaciones llevadas a cabo por el Teniente Agudelo. Ni se diga que sin el carácter de militar de éste no se habrían podido cometer el delito o delitos de autos, y que, por lo mismo, se trata de delito o delitos militares; pues este argumento, por su misma extensión y por probar demasiado, no prueba en realidad nada, y no alcanza hasta donde se le quiere llevar, ya que con igual fundamento se podría absurdamente afirmar también que determinados hechos delictuosos, como, por ejemplo, un rapto, fuerza y violencia contra una persona, una falsedad y estafa, etc., son delitos militares por haber sido ejecutados por un militar, valiéndose para ello de sus subordinados, de la autoridad ejercida sobre éstos, y en general, de las múltiples facilidades y ejecutorias que, en un caso dado, pueden surgir de su carácter militar.

En orden a las consideraciones que anteceden, deben analizarse ahora brevemente, dentro de la realidad legal, apreciada en concreto, los hechos de este informativo imputados al Teniente Agudelo.

Dos son los delitos por que se acusa a este Oficial: abuso de autoridad el primero, y heridas el segundo.

En el Código Penal Militar existe el Capítulo XV, en el cual se expresan, con relativa amplitud, las penas aplicables a los militares cuando incurren en abusos de autoridad y los casos en que éstos tienen lugar. Es decir, en la norma que regula esta jurisdicción especial de la milicia, se halla establecido de modo preciso todo lo que pueda relacionarse con estos hechos delictuosos cuando son cometidos por militares.

Pues bien: si el Teniente Agudelo, al obrar como obró con el cadete Montoya, incurrió en abuso de autoridad, y si por ese hecho fue sometido a juicio criminal y sentenciado por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, ello se acomoda exactamente al espíritu y a la letra de la legislación militar, porque en ésta se hallan contemplados, como se ha visto, delitos de tal clase, para los cuales señala las penas correspondientes.

Pero como además del hecho de que se trata, aparece que el señor Teniente Agudelo cometió el delito de heridas, el cual dio por resultado una incapacidad definitiva para trabajar de quince días, en el ofendido, quien probablemente quedará, según dictamen médico, con una cicatriz en la cara, acaso de por vida; y como, por otra parte, tal delito, en la forma como fue llevado a cabo y con los resultados que produjo, no se halla previsto en ninguno de los capítulos ni disposiciones del Código Militar, es indudable que debe juzgarse de acuerdo con las normas que sí lo prevén, y en donde se halla contemplado expresa y formalmente, quedando por lo mismo el hecho sometido a la jurisdicción que tales normas comportan.

Porque, efectivamente, dentro de los veinte capítulos que tratan de los delitos militares y sus penas, no existe el caso de heridas que produzcan incapacidad o que dejen alguna deformidad. Allí se habla, ciertamente, en alguna o algunas disposiciones, de golpes o maltratamientos, pero sin consecuencias. Y bien se comprende que el caso que se examina no es precisamente de los que puedan caer bajo tales denominaciones. En cambio, en el Código Penal general, Libro III, Título 1°, Capítulo VI, se hallan dilatadamente previstos, con exactitud y precisión, los casos de heridas, golpes y malos tratamientos realizados en diversas formas y circunstancias.

De suerte pues, que, volviendo sobre los hechos que se estudian, si el señor Manuel J. Agudelo, investido como se hallaba en el momento de los sucesos, del carácter de Teniente del Ejército colombiano, es decir, ejerciendo, como ejercía, autoridad en esos momentos como Oficial militar en el grado expresado, se excedió o nó en ese ejercicio, o usó bien o mal de su autoridad, por no ser el caso de hacerlo de acuerdo con las normas a que debía haberse sujetado, en una palabra, si abusó o nó de esa autoridad, tal hecho, previsto y sancionado por el Código Militar, ya ha sido fallado legalmente por los funcionarios respectivos, de acuerdo con las disposiciones pertinentes sobre la materia. En esta parte la sentencia es legal, porque según lo dispuesto por el artículo 281 de la Ley 153 de 1887, "contra sentencias definitivas dictadas por Consejos de Guerra, no podrá interponerse ante la Corte Suprema otro recurso que el de la nulidad por las causales que establece el artículo 1543 y siguientes del Código Militar"; y de acuerdo con el artículo 413 de la Ley 105 de 1890, cuando la Corte conozca por recurso de apelación o nulidad, o por consulta de las sentencias mencionadas, resolverá como tribunal de derecho en cuanto a la aplicación de la pena, siéndole prohibido variar la calificación hecha por el Consejo de Guerra respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado. Y como tal es, precisamente, el caso que se contempla en cuanto al delito de abuso de autoridad imputado al Teniente Agudelo, en ese particular debe confirmarse la sentencia consultada.

Pero en lo que se refiere al otro hecho, esto es, al que produjo como inmediato resultado las heridas o lesiones del cadete Montoya, ese sí no cae bajo la jurisdicción militar, como se ha visto, cualquiera que sea el aspecto por que se le considere.

No desde el punto de vista jurídico, por todas las razones que al respecto y en lo pertinente al caso estudiado, se expusieron ya.

No desde el punto de vista estrictamente legal, por no ser hecho que se halle contemplado, según se ha dicho, en el Código Penal Militar, que es la norma que debe regular, prevér y sancionar claramente las infracciones o delitos militares, y aquí no ha habido, como es obvio y se vuelve a repetir, "infracción de las leyes militares."

Hay que concluír, pues, que se trata de un delito común, sujeto a la jurisdicción ordinaria, y que, por lo tanto, se ha incurrido en el presente juicio, respecto del delito de heridas, en la causal de nulidad del numeral 1° del artículo 1534 del Código Militar, en relación con el numeral 1° del artículo 264 de la Ley 57 de 1887.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

1° Declárase nulo lo actuado en este asunto, desde el auto de proceder, inclusive, en lo referente al delito de heridas, y dispónese que, por conducto del señor Ministro de Guerra, se envíe el negocio al repartimiento de los Jueces de este Circuito en lo Criminal, a fin de que allí se le dé el curso legal correspondiente.

2° Confírmase el fallo consultado en lo que se refiere al delito de abuso de autoridad.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Ministerio de Guerra para lo de su cargo.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Trujillo Arroyo, en el fallo que precede.

Sin desconocer las razones muy respetables y, menos aún, el alto espíritu de justicia que informan el precedente fallo, no estoy de acuerdo con la interpretación dada por la mayoría de la Sala al artículo 1365 del Código Militar, aunque estimo que lo expuesto por ella sí demuestra la necesidad de reducir el fuero militar a límites más estrechos, reconociendo únicamente como delitos militares aquellos que violan las leyes del Ejército, como el de deserción, desobediencias, sublevaciones, etc., y dejando los delitos restantes bajo el exclusivo conocimiento de los Tribunales ordinarios, como se le manifestó al Congreso del año pasado, en el informe que hubo de rendírsele por la Presidencia de la Corte Suprema.

Dice el aludido artículo 1365:

"Son delitos militares los que se cometen con infracción de las leyes militares, en asuntos del servicio o dentro del cuartel. Todos los demás delitos o culpas cometidos fuera de estos casos (subrayo), serán juzgados como delitos comunes por los Juzgados y Tribunales civiles."

Se refiere, a mi entender, la disposición, no solamente a los hechos delictuosos cometidos por los miembros del Ejército con violación de las leyes militares, sino también a los delitos comunes cometidos por esas mismas personas en asuntos del servicio o dentro del cuartel. Si así no fuera, el legislador se habría limitado a decir que son delitos militares los definidos en el respectivo Código, o simplemente los que se cometen con infracción de las leyes militares, sin agregar los otros dos casos que contempla y dice contemplar el artículo copiado.

Es cierto que el legislador no expresó su pensamiento en forma feliz, sino en términos oscuros y ambiguos, y de allí que en diversas épocas la doctrina de la Corte sobre el particular no haya sido uniforme. De lo cual se desprende, como queda dicho, la necesidad de legislar sobre la materia; pero mientras esto no suceda, considero que el artículo 1365 contempla tres casos de delitos militares y no uno solo, tesis ésta que he sostenido en otros fallos anteriores al presente.

Quedan así expuestas brevemente las razones que tengo para salvar mi voto.

Bogotá, quince de julio de mil novecientos treinta.

Juan C. Trujillo Arroyo—Cárdenas—González Torres. Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

—

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Con fecha quince de octubre de mil novecientos veintiocho, el Juzgado Superior de Pereira abrió causa criminal con intervención del Jurado, contra Luis Angel Villa por homicidio en la persona de Alfonso Palacio, y allí se narran los hechos en la forma que se transcribe en seguida por hallarse de acuerdo con las pruebas del proceso:

"Luis Angel Villa, el sindicado, casado con María del Carmen López, y Alfonso Palacio, vivían, en asocio de otras personas, en el punto llamado El Salado, en jurisdicción del Distrito Municipal de Marsella, propiedad del señor Eutiquio Angel. Luis Angel Villa, quien está probado que le daba mal trato a su esposa, dio en la idea de celar a ésta con Alfonso Palacio, sin motivo al parecer para ello, pues sus celos consistían en que Palacio, en la finca donde vivían, dizque conversaba con la esposa del mentado Villa, lo que hacían en forma amistosa y respetuosa, según el decir de los testigos que de este punto tratan en sus declaraciones del sumario. En presencia de varios testigos llegó a manifestar Luis Angel Villa, que daría muerte o mataría a Alfonso Palacio, aunque fuera dormido, y algunos testigos dicen que algunas noches Villa se levantaba de la cama en que dormía, con el fin de buscar arma para dar muerte a Palacio, pero que, o no la encontraba, o se abstenía, temeroso de que Palacio estuviera despierto y se le pudiera frustrar el plan. Así las cosas, el sábado, veinticinco de agosto del presente año (1928), se encontraban en la población de Marsella los mentados Palacio y Villa en asocio de Francisco A. López, trabajador de la misma finca de El Salado, y un poco antes de las tres de la tarde concertaron viaje los tres para regresar a la referida finca donde trabajaban: como Palacio había tomado licor, iba bastante embriagado, y en el camino trató de disgustar con Villa, diciéndole hijo de puta, y desafiándole a pelear, pero Villa le contestó que no era hombre de pelea, y en efecto no le quiso aceptar la que le proponía; ambos iban armados de peinillas terciadas al cinto, pero ninguno de ellos la sacó en el momento o momentos en que Villa era desafiado por Palacio. Hubo un momento en que Palacio le dijo a Villa: "Vea a ver, hombre, si quiere que seamos amigos o enemigos," pero Villa nada contestó, y siguieron su marcha, y más adelante le dijo Palacio a Villa: "Hombre, usted porqué está celando a Carmen conmigo," y Villa le contestó que eso no era cierto, que eran cuentos de Carmen López. Siguieron el camino, bravos, sin hablarse, y cuando llegaron al alto de La Pedrera, dijo Palacio: "Yo no paso de aquí, esperemos que vengan Felitos y Eliseo Palacio," y como estaba ebrio, tendió la ruana, se acostó sobre ella y se puso a vomitar, quedándose luégo perfectamente dormido. Francisco A. López se acostó también y Villa permaneció a poca distancia de ellos, de pie, pues se hallaba en completo sano juicio: en esos momentos se presentó en ese lugar Julia López, que iba también para la misma finca de El Salado, la cual llamó a López, quien se encontraba ya dormido, y le dijo: "camína para la casa y despiérta a Alfonso, que no se quede aquí"; López se levantó, llamó a Alfonso hasta que despertó, lo invitó a que siguieran para la casa, lo que hizo también Julia López, pero Palacio manifestó que no se iba todavía, que tenía mucho desaliento. Julia López le dijo a Palacio que le diera la peinilla para llevársela, pero éste no quiso dársela. Viendo que Palacio no quería irse, Julia López le dijo a Francisco A. López: "camína, vámonos, que de pronto se pierde el bastimento." Este López le dijo a Villa, quien permanecía allí parado: "Vámonos," y Villa contestó que él no se iba, que más bien se devol-

vía para el pueblo. La Julia López volvió a decir a Francisco López que se fueran ligerito, que se les perdía el bastimento, y continuaron estos dos la marcha, habiendo quedado en el punto ya indicado Alfonso Palacio perfectamente dormido y Luis Angel Villa allí de pie, en actitud completamente sospechosa, con su peinilla terciada, mirando para una parte y para otra, como viendo que no fuera a venir nadie.. Cuando ya los mentados López hubieron llegado al río, los alcanzó Luis Angel Villa, y sin decirles ni una palabra fue siguiendo su carrera, completamente asustado, y al preguntarle dónde había quedado Alfonso Palacio, contestó que se había cansado de llamarlo, pero que en ninguna forma le contestó, pues se había quedado perfectamente dormido. Cuando los mismos López llegaron a **El Salado**, ya había llegado Villa, a quien notaron mucho susto, y que, además, no hablaba palabra. Los señores Ignacio Restrepo, Justiniano y Javier Sierra, pasaron como a las tres de la tarde por el punto donde ocurrían los hechos que se dejan narrados, y encontraron el cadáver de Alfonso Palacio con una herida en la garganta, por lo cual se volvieron a avisarle a Ramón Vásquez, quien se encontraba a poca distancia dirigiendo una cuadrilla de trabajadores, para que viera el cadáver y diera aviso a la autoridad...."

El sindicado confesó en la indagatoria su delito. En ella se lee:

"¿Sabe usted quién fue un hombre que aprovechándose del sueño y del estado en que se hallaba Palacio, a mansalva y sobreseguro le causó una herida en el cuello, la cual le causó la muerte instantánea?

"Contestó: **Yo, señor.**"

Al Jurado se le sometieron las cuestiones siguientes que se transcriben con sus respectivas respuestas:

"¿El acusado Luis Angel Villa, mayor y vecino de Marsella, es responsable de la muerte que dio a Alfonso Palacio, por medio de una herida causada en la garganta de su víctima, con arma cortante y punzante, hecho que tuvo lugar en el punto llamado **El Alto**, donde se parte el camino para **La Pedrera**, jurisdicción municipal de Marsella, en la tarde del día veinticinco de agosto de mil novecientos veintiocho, y en la comisión de este hecho procedió el acusado voluntaria y premeditadamente?"

El Jurado respondió: **"Sí."**

"¿El acusado Luis Angel Villa, de las condiciones civiles descritas, cometió el hecho que se menciona en la cuestión anterior, con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con alevosía o a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona del occiso?"

El Jurado contestó: **"Sí, pero bajo la pasión de los celos."**

En acatamiento al veredicto, el Juez Superior, en sentencia del veintiocho de mayo de mil novecientos veintinueve, condenó al procesado a la pena fija de veinte años de presidio y sus accesorias, como responsable de asesinato y con aplicación de las disposiciones legales pertinentes, y en especial de los artículos 3º y B del Acto legislativo número 3 de 1910, en relación con los artículos 586, 597 y 598 del Código Penal; fallo que el Tribunal Superior confirmó en proveído del veinticinco de noviembre último.

Por medio de apoderado y en la oportunidad legal, Villa interpuso recurso de casación, invocando las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 3º, Ley 78 de 1923, en escrito que es admisible para estudio de fondo, el que se hará empezando por la causal 2ª, por cuanto ella se refiere a vicios de nulidad sustancial en el procedimiento.

Viene sustentada así:

"La fundo en el hecho de no habérseme concedido absolutas garantías para la defensa del reo en el día del Jurado, de lo cual hay constancia al folio 83 del expediente, ya que en la audiencia pública fui exhortado a terminar mi exposición, y la terminé dejando de tratar aspectos fundamentales para demostrar la inculpabilidad del reo.

"Este procedimiento que implica una especie de coacción psicológica ejercida sobre mí por parte del señor Juez Superior, vulnera el artículo 26 de la Constitución Nacional; el 321 de la Ley 57 de 1887 y el artículo 264, numeral 6º, de la misma Ley.

"En efecto, la última disposición consagra la consecuencia práctica de las otras disposiciones de la Constitución y la ley, que rodean de garantías al ciudadano cuya responsabilidad se discute. Este precepto establece la nulidad para el caso en que no se haya celebrado la audiencia en el día señalado, y como la ley debe interpretarse racionalmente, es claro que una audiencia que no se celebra de acuerdo con los preceptos legales no puede tener existencia ante la ley."

Para resolver, se considera:

Al firmar el acta de las audiencias, folio 83, el defensor del procesado dejó esta constancia:

"Firmo haciendo constar que la defensa quedó trunca o incompleta, en virtud de que en la segunda audiencia, llegadas las cinco de la tarde, el señor Juez me preguntó si ya iba a terminar mi exposición, lo que estimé como insinuación para que terminara, y habiéndolo dicho públicamente, terminé la exposición intentada."

El Juzgado, a su vez, rechazando tal constancia, aclaró lo sucedido, así:

"La anterior constancia que el señor defensor pretende dejar en el acta es de todo punto de vista ineficaz y reñida con la verdad. Al efecto, siendo las cinco y diez minutos de la tarde, el suscrito Juez preguntó al señor defensor si creía terminar en aquella sesión su defensa, y éste manifestó que sí. Tal pregunta obedeció a la facultad que el artículo 302 de la Ley 57 de 1887 concede al Juez para suspender la audiencia pasadas tres horas. Pero no es asímismo cierto que se le **insinuara** terminar, sino que no habiendo el día veinticinco de los corrientes luz eléctrica, ni se esperaba tampoco que la hubiera, y como en efecto no la hubo, en el recinto del salón, entre el oscuro no podía continuar la audiencia; y la pregunta obedecía a saber si no terminaba aquella tarde, para entonces continuar la audiencia en la siguiente hábil para ello!...."

En el acta respectiva, folio 82 vuelto, consta que la audiencia del veinticinco de mayo de mil novecientos veintinueve, materia de la constancia del defensor y de la aclaración del Juzgado, se principió a las dos de la tarde; de suerte que, como habían transcurrido más de tres horas cuando el Juez hizo la aludida pregunta tendiente a saber si era necesario o nó suspender la audiencia para transferirla a otro día hábil en que continuaran las alegaciones orales, de ninguna manera aparece la

coacción psicológica de que habla la demanda, y menos aún que se hubiera cercenado el derecho de defensa, pues el defensor estuvo en entera libertad para pedir la celebración de otra audiencia para terminar su exposición; pero si prefirió terminarla esa tarde, no se advierte cuál haya sido la garantía que se le arrebatara, tanto más cuanto que el procedimiento del Juez se halla amparado por el artículo 302 de la Ley 57 de 1887, el cual dispone:

"Comenzado el juicio, no podrá suspenderse, a no ser que hayan transcurrido más de tres horas sin haber principiado la conferencia; en este caso continuará al día siguiente a la hora que fije el Juez. Así en este día como en los siguientes, puede también suspenderse por igual causa, para continuarla después en los mismos términos."

La demanda sustenta la causal 1ª así:

"..... en que a mi defendido se le aplicó la pena de veinte años de presidio, que es la que corresponde al asesinato en el caso más grave definido en el artículo 586 del Código Penal, en relación con el 597 ibídem, en lugar de la calificación en el caso menos grave de que trata este último artículo, o en vez de aplicar otras disposiciones penales, armónicas con la modificación sustancial contenida en el veredicto del Jurado.

"Consta de autos que el reo es completamente ignorante, pobre, de corta edad, y de extracción social demasiado humilde, lo cual significa que en él no están suficientemente desarrollados los frenos morales inhibitorios que lo detengan ante la impulsión delictuosa, y que por lo mismo su voluntad carece de la fuerza necesaria para resistir airosamente en la lucha contra un choque o movimiento pasional originado en las condiciones fatales del medio ambiente.

"Consta de la misma manera en los autos que el día de los hechos que motivaron la causa, y con anterioridad de pocas horas o de pocos momentos, mi defendido, caminando con la víctima y otras personas en dirección de Marsella a **El Salado**, le llamó la atención a éste para que saldaran sus cuentas poniendo fin a la enemistad anterior, mediante la promesa de no seguir el agredido perturbando la tranquilidad y paz doméstica necesarias al hogar de Luis Angel Villa. Los testigos y el mismo Villa cuentan de qué manera insólita y atrevida fueron correspondidas estas insinuaciones pacíficas y amistosas de quien deseaba dar el todo por el todo, haciendo absoluto renunciamiento a su pundonor de hombre y jefe de hogar, para impetrar con un gesto de humildad y abatimiento una conducta por parte de su rival que restableciera el respeto y la consideración debidos al carácter religioso y social de un hogar constituido con arreglo a los preceptos de la moral y de la ley.

"Finalmente, consta por la misma confesión del reo, que permanece en pie y no ha sido desmentida, que en el acto del homicidio éste fue insultado y atacado a mano armada por la víctima, viéndose obligado a tomar la propia defensa y excediéndose en ella hasta causar la muerte de su contrario.

"Todas estas consideraciones y la obsesión constante de Villa, manifestada en la pasión de los celos respecto de su mujer y de Palacio, fueron parte para que el Jurado, procediendo con todo acierto y buen acuerdo, consignara en su veredicto la modificación sustancial de que el homicidio había sido cometido mediante la influencia de los celos."

Y después de estudiar brevemente el influjo de las pasiones en el acto humano, el señor apoderado del recurrente termina así:

"Siendo, pues, la influencia pasional un hecho digno de tenerse en cuenta, como se deduce de la espontánea y expresa adición puesta al veredicto del Jurado, no queda la menor duda de que en el ánimo de éste se albergó la duda tocante a la responsabilidad penal del reo, y que sintiéndose colocado exclusivamente en la esfera de los hechos, dejó la apreciación de cuestión tan completa (sic), al criterio más ilustrado y científico del Juez de derecho. En otros términos, el veredicto ofrece una positiva duda sobre la culpabilidad del reo, pues de otro modo no se habría consignado la modificación de que se trata. Y como la sentencia ha de fundarse sobre el veredicto, y no precisamente según su rigor material o según los términos gramaticales, sino precisamente sobre su intención o espíritu, es claro que un veredicto que por sí sólo constituye la más perfecta expresión de la duda, no puede fundarse un fallo condenatorio, máxime si él expresa de manera rotunda una circunstancia capaz de paralizar total o parcialmente la fuerza de la inculpación dolosa o fraudulenta. Una aplicación de las leyes, en contrario, significaría la violación del artículo 321 del Código Judicial, que es disposición de carácter sustantivo, por cuanto no influye propiamente en la sustanciación y ritualidad de los juicios, sino que determina expresamente el derecho que tiene el demandado de ser absuelto en todos los casos en que su obligación no se ha hecho socialmente evidente."

En seguida se detiene a demostrar que Luis Angel Villa no es un **criminal nato.**

Para resolver, se considera:

El relato pormenorizado de los hechos y sus antecedentes, como atrás queda transcrito, tomándolo del auto de proceder, se funda en las pruebas del informativo no desvirtuadas durante el plenario, y da, por lo mismo, la norma para fijar el alcance del veredicto, y en especial el significado de la agregación introducida por los Jueces de hecho a la respuesta de la segunda pregunta que se les formulara sobre circunstancias cualificativas de asesinato.

Al respecto dijo el Jurado:

"Sí, pero bajo la pasión de los celos."

Es indudable que Luis Angel Villa desde algún tiempo atrás venía siendo torturado por la sospecha o el recelo de que su esposa Carmen López pudiera llegarle a ser infiel con Alfonso Palacio, pero con la circunstancia de que, según las declaraciones de los testigos, ningún fundamento había para tales sospechas, nacidas nada más que de la torpe e innoble pasión de los celos.

Con una base meramente imaginativa, y por lo mismo sin fundamento alguno en la realidad, los celos se tradujeron en odio profundo hacia la persona que Villa creía le estaba amenazando la tranquilidad de su hogar, y por eso, en diversas ocasiones buscó al amparo de la noche la manera segura de eliminar a su supuesto rival, desistiendo de ello por estas o aquellas razones, pero viviendo siempre con el alma enponzoñada esperando la oportunidad mejor para saciar sus instintos.

El influjo de las pasiones, y en este caso los celos o el odio en que se tradujeran, no puede considerarse como una de las causas que privan al agente del discernimiento o del uso de la razón, aunque ese mismo influjo pueda

servir en ciertos casos como causa de excusa, como cuando se trata de miedo insuperable o de in fraganti adulterio. De otra suerte, se admitiría la impunidad de muchos delitos atroces y habría que suprimir la categoría de los **delincuentes pasionales.**

Los celos de Villa no le privaron del uso de su inteligencia, y ni siquiera de la reflexión; apenas le sirvieron para aumentar la intensidad del dolo. Y así, aquella tarde, cuando Palacio se hallaba bajo la influencia alcohólica, no aceptó Villa la riña o las proposiciones de paz y armonía que el otro le hiciera, sino que procurando ocultar sus verdaderas intenciones y sus propósitos preconcebidos, en uso de su libertad de elección prefirió esperar la oportunidad mejor y más segura para llevarlos a cabo; y esta fue la que poco después aprovechó al quedar solo delante de un hombre anonadado, abatido e indefenso por el sueño profundo que produce la embriaguez exagerada.

Esto mismo demuestra, de otro lado, que es inverosímil el hecho alegado por la defensa de que Palacio hubiera atacado a mano armada al matador inmediatamente antes de que éste lo ultimara, porque a ello se oponía el estado de postración alcohólica en que se hallaba la víctima.

De suerte que la agregación contenida en la segunda parte del veredicto de ninguna manera contradice o desvirtúa la afirmación de la responsabilidad de Villa como autor de homicidio en las circunstancias que le dan el carácter de asesinato en los casos más graves; aquella agregación únicamente indica cuál fue la causa que impulsó al agente hacia el delito, sin extinguir, ni siquiera mermar la responsabilidad.

No está, pues, demostrada la causal 1ª; y como la tercera viene sustentada en los mismos argumentos que quedan examinados, lo dicho es suficiente para llegar a la conclusión de no infirmar el fallo recurrido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, que ha sido materia del presente recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Al Jurado de calificación reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Pedro Suescún, le fueron sometidos por el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, los siguientes cuestionarios, que se transcriben junto con sus respectivas contestaciones:

"¿Pedro Suescún es responsable de haber dado muerte a Pedro Orduz por medio de heridas causadas con proyectil de revólver, el treinta y uno de marzo del presente año de mil novecientos veintinueve, en la población cabecera del Circuito Judicial de Málaga, y en la ejecución de este hecho procedió el acusado Suescún voluntariamente, con intención de dar muerte y con premeditación?"

El Jurado contestó: **"Sí, sin premeditación."**

"¿Pedro Suescún ejecutó el hecho de que trata la pregunta anterior con todas o con algunas de las siguientes circunstancias: con alevosía o a traición y sobreseguro y sorprendiendo a la víctima descuidada y desapercibida?"

El Jurado contestó: **"Sí, sin traición o alevosía."**

En desarrollo de ese veredicto, el Juez mencionado, después de calificar la responsabilidad en el grado medio y dando aplicación al artículo 600 del Código Penal, condenó al acusado a la pena principal de nueve años de presidio, junto con las accesorias correspondientes. En apelación ese fallo, fue confirmado por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial con fecha diciembre diez y ocho de mil novecientos veintinueve, contra el cual interpuso casación el condenado por medio de memorial que reúne los requisitos necesarios para que pueda estudiársele en el fondo, siendo de advertir que durante el traslado concedido en la Corte no se presentó alegato por parte del recurrente.

Como las tachas de éste contra la sentencia del Tribunal se refieren al grado en que fue apreciada la responsabilidad, es necesario de preferencia conocer cuáles fueron las razones que llevaron, tanto al Juez de primera instancia como al Tribunal, a la calificación en segundo grado.

El Juzgado se expresó así:

"Los miembros del Tribunal de conciencia declararon que el delito se ejecutó sobreseguro y sorprendiendo a la víctima descuidada y desapercibida. Estas circunstancias, por haber sido descartada la premeditación, pasan de la categoría de agravantes esenciales a la de agravantes subjetivas. Así, pues, la calificación de la delincuencia procede en grado medio, porque obran en contra del acusado las agravantes deducidas por el Jurado, y en su favor en ser el primer delito porque se le juzga y haber sido constantemente buena su conducta anterior, puesto que carece de pasado judicial. No hay duda que Suescún ejecutó el delito a sangre fría: esta circunstancia, que es de las que el artículo 117 del Código Penal considera como agravantes, concurre con las ya enunciadas a la calificación del hecho punible en segundo grado."

En relación con el mismo punto, el Tribunal dijo:

"La calificación de la delincuencia está bien hecha en grado medio, porque además de la agravante deducida por el Jurado, aparece que el delito se cometió por un motivo fútil y baladí, lo que permite ver que el reo es un elemento peligroso para la sociedad, y que es preciso tomar aquí en cuenta la mayor frecuencia de delitos de sangre en este Distrito Judicial."

Con fundamento en la primera causal de que trata el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, el recurrente sostiene que el Tribunal violó, entre otras disposiciones, el artículo 26 de la Constitución Nacional; el 299 de la Ley 87 de 1887 y el 1620 del Código Judicial, porque no habiéndose especificado o determinado en el auto de proceder las circunstancias agravantes que tuvieron en cuenta los

Jueces de instancia para calificar en segundo grado la responsabilidad, no pudo defenderse oportunamente de esa apreciación, lo que quiere decir que se le juzgó sin observar la plenitud de las formas propias de cada juicio, ni por consiguiente disfrutó de todos los medios legales para que hubiera podido ejercitar libremente su defensa.

Se considera:

Como es sabido, el reconocimiento de las circunstancias agravantes o atenuantes es de la exclusiva competencia del Juez de derecho, quien las aprecia con independencia de la intervención del Jurado. Como la ley generalmente fija un máximum y un mínimum de penalidad, era y es necesario que el Juez tuviera algún derrotero para señalar la pena que en cada caso corresponda dentro de ese máximum y ese mínimum. Ese derrotero corresponde a lo que se conoce con el nombre de grados en la responsabilidad, los cuales se señalan en virtud de la existencia de las circunstancias agravantes o atenuantes. No son, pues, éstas de aquellas que pertenezcan a la esencia o naturaleza del delito y que por tanto haya necesidad de consignar en el auto de proceder; ellas se sustraen al conocimiento y decisión del Jurado, y sólo en virtud del veredicto condenatorio que éste pronuncie, surge la oportunidad y obligación para el Juez de derecho de entrar en su estudio, para fijar el grado de la responsabilidad y por consiguiente la pena.

Quizá sería perjudicial para la misma situación del acusado, que desde el auto de proceder se especificaran las agravantes de carácter general que pudieran concurrir, porque desde entonces se partiría de la base de una culpabilidad definitiva, ya que, como se vio, ese reconocimiento sólo se presenta en el caso en que haya de pronunciarse sentencia condenatoria, lo que podría perturbar el amplio criterio de los Jurados.

Los anteriores razonamientos están de acuerdo con lo que el mismo recurrente reconoce en la segunda parte de su alegato, cuando dice:

"Si la calificación de la delincuencia corresponde exclusivamente al Juez de derecho, éste está en la obligación de analizar el hecho que constituye la circunstancia para apreciar la intención y el alcance que haya querido poner el autor al ejecutarlo y conocer precisamente el grado de malicia y de criminalidad habido en la violación de la ley. El Derecho Penal moderno tiende exclusivamente a la individualización de la pena, y basado en esta tendencia, el legislador y la Jurisprudencia han querido que la calificación de la delincuencia sea privativa del Juez de derecho; así, pues, sería violar la ley, al aplicar las normas establecidas con un criterio meramente aritmético, sin entrar a examinar la intención maliciosa del agente y el empeño puesto para agravar la criminalidad del acto. Si la circunstancia agravante se presenta como un mero accidente, de la cual el autor no se aprovechó ni quiso tenerla en cuenta para la ejecución de su delito, no es lógico ni jurídico tomarla en cuenta para la calificación de la pena."

En desarrollo de esta última alegación, agrega el recurrente que se violó el artículo 123 del Código Penal, porque la agravante de "la mayor o menor criminalidad de una región no está demostrada en el expediente; porque al responder el Jurado que el hecho se había cometido sin traición o alevosía, descartó por el mismo hecho las circunstancias de haberse cometido sobreseguro; de suerte que solamente quedó en pie una sola circunstancia agravante, consistente en haber sido sorprendida la víctima descuidada y desapercibida, la cual por sí sola no es suficiente para calificar la responsabilidad en el segundo grado, pues éste requiere la concurrencia de varias circunstancias agravantes."

Se considera:

De acuerdo con las partes que se transcribieron de las sentencias, en ellas se apreciaron las siguientes circunstancias agravantes:

1ª Las reconocidas por el Jurado en su veredicto;

2ª El haber ejecutado Suescún el delito a sangre fría;

3ª El motivo fútil y baladí que llevó al agente a cometer el delito, lo que hace considerarlo como un elemento peligroso para la sociedad, y

4ª La mayor frecuencia de los delitos de sangre en ese Distrito Judicial.

Fueron pues cuatro las circunstancias agravantes deducidas por los Jueces de instancia, y respecto de dos de ellas, o sea, la sangre fría con que Suescún ejecutó el delito y el motivo fútil o baladí con que procedió, no fueron analizadas en la demanda de casación, y por lo mismo se escapan a todo estudio en este recurso, y como por sí solas sirven para sostener el fallo en cuanto éste calificó en segundo grado la responsabilidad, es inútil entrar en los reparos que se hacen en relación con las otras dos, según la siguiente doctrina de la Corte:

"Carece de objeto entrar en el estudio de un reparo que el recurrente hace a la sentencia del Tribunal, aunque llegase a prosperar, si el fallo se apoya en otras razones que por sí solas bastan para sustentar la parte resolutiva, y tales fundamentos no han sido rebatidos por el recurrente en el alegato de casación."

A pesar de lo anterior, es conveniente agregar, que las agravantes que los Jueces de instancia tuvieron en cuenta, deducidas del veredicto del Jurado, no tienen en realidad tal carácter en virtud de la sola contestación dada por éste, sino porque en el expediente encuentran una plena comprobación. Como ya lo ha dicho la Corte en repetidos fallos, negada en un caso como este la premeditación por el Jurado, y aun cuando contestadas afirmativamente las circunstancias de asesinato que se le presentaron en el segundo cuestionario, esta contestación afirmativa no obliga al Juez sino en cuanto ella tenga una comprobación en el expediente, pues por lo dicho anteriormente y que acepta el interesado, la calificación y el reconocimiento de esa clase de circunstancias es de exclusivo resorte del Juez de derecho.

De manera que aun suponiendo que ese segundo cuestionario hubiera sido contestado negativamente por el Jurado, bien habrían podido los Jueces de derecho tener en cuenta las circunstancias especificadas en él, no ya como constitutivas del delito de asesinato, sino como agravantes de carácter general, siempre que su existencia esté plenamente acreditada en el expediente.

Y en éste aparece la plena comprobación de que el acusado, con la mayor osadía, sorprendiendo descuidada e indefensa a la víctima y aun a traición, disparó su revólver sobre Pedro Orduz. Varias declaraciones deponen en este sentido, y entre ellas la de Natividad Flórez, quien se expresa así:

"Serían las cuatro de la tarde del día de ayer cuando encontrándome frente a la casa de habitación de Leonidas Hernández, en la calle real de esta ciudad, presencié

que en ese mismo lugar se encontraban Mesías y Laurencio Castellanos y Pedro Orduz, conversando amigablemente; los dos primeros le dirigían chanzas de palabra al último y éste les respondía con gracia, pero moderadamente; poco después les dijo Orduz a sus compañeros que eran sin vergüenza, y expresó que le agradaba chancearse mucho con ellos, pero esa palabra, aunque fue dicha sin intención de ofender, disgustó a Laurencio, quien le increpó a Pedro que esa palabra era injuriosa y aun llegó a cogerlo por la ruana, en actitud que ya no era pacífica. Orduz se disculpó diciendo que había hablado movido únicamente por la confianza que les tenía y se retiró como unos tres metros, porque yo invité a que nos fuéramos para nuestras casas; luégo volvió al mismo lugar que ocupaba antes, pero en silencio, y en ese momento vi que Pedro Suescún se le acercó a Pedro Orduz y le hizo a quemarropa un disparo de revólver, hacia el pecho; en seguida el agresor pasó por detrás de mí y le hizo a Orduz otro disparo, también desde muy cerca, del cual tuvo que herirlo por la espalda. En el acto Orduz dijo "ay-ay-ay," cayó y murió en el momento. El agresor se dirigió, revólver en mano, hacia la salida para Enciso, pero a poco rato fue capturado y conducido a la cárcel. Pedro Suescún cometió ese delito por gusto, es decir, sin motivo alguno, únicamente porque se impuso de lo que unos momentos antes había ocurrido entre Pedro Orduz, Laurencio Castellanos y Mesías Castellanos, quien es suegro del agresor. En el momento que fue atacado Pedro Orduz se estuvo quieto, no trató de defenderse ni habló más que para quejarse. Era un hombre muy pacífico, trabajador incansable, cumplido en sus compromisos y muy tratable...."

La segunda causal que se invoca, o sea, el no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, se funda en los mismos motivos que se expusieron para sostener la primera, los cuales han sido ya rebatidos y es inútil por tanto repetir lo que atrás se dijo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto cinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Vistos:

En sentencia de fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos veintiocho, el señor Juez 2º del Circuito del Guamo condenó a Abraham Monroy como autor del delito de heridas en la persona de Eduardo Guzmán Castro, en el caso del inciso 1º del artículo 645 del Código Penal, calificada su delincuencia en el menor grado y aumentada la pena en lo que le corresponde como reincidente, a la pena principal de nueve años y dos meses de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelado el fallo del Juzgado para ante el Tribunal Superior respectivo, esta entidad lo confirmó en todas sus partes, en providencia de fecha diez y seis de noviembre del año próximo pasado.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el defensor del condenado recurso de casación, el cual le fue concedido por haber sido interpuesto en tiempo y en forma legal. En tal virtud, se remitió el negocio a la Corte, en donde ha recibido la tramitación que le es propia, habiendo llegado el momento de resolver lo que fuere del caso, a lo cual se procede en seguida, advirtiendo, de paso, que el recurrente, en el traslado que en este despacho se le corrió, no presentó nueva alegación.

Dice el sustentante en el escrito presentado ante el Tribunal de Ibagué:

"Alego como fundamento del recurso la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, por ser, en mi concepto, la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta y por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar.

"El inciso 1º del artículo 645 del Código Penal contempla el caso de heridas, cuando de ellas resulte para el ofendido una enfermedad de por vida, o la pérdida de alguno de sus órganos o miembros o una notable deformidad física gravemente perjudicial, o una perpetua incapacidad de trabajar como antes.

"Sostuve en mi alegato ante esa superioridad lo siguiente:

"La incapacidad del ofendido para trabajar como antes y las consecuencias naturales del daño, son circunstancias de obligada apreciación, ora para la demostración perfecta del elemento material del delito, ora para la medida de la penalidad. Pero en esa apreciación sólo puede tomarse en cuenta el tiempo ordinario de la enfermedad y las consecuencias naturales que la herida por su propia naturaleza acarrea. Si la enfermedad se ha prolongado, o si las consecuencias del daño se han reagravado por un tratamiento desacertado, por descuidos o imprudencias del ofendido, o por cualesquiera otras causas de la índole, ellas se salen de lo obligado y legal en el terreno de la apreciación, porque no pueden llevarse a la cuenta del agente como consecuencias directas y naturales de la lesión inferida.

"De aquí que al decir los expertos de la Oficina Central de Medicina Legal, que la enfermedad se prolongó por infecciones que sobrevinieron, esa prolongación no puede computarse en el término ordinario y natural de la incapacidad proveniente de las heridas, porque las infecciones no son fenómenos naturales en el curso de la enfermedad, sino sucesos extraordinarios que suelen presentarse por impericia en el tratamiento, por imprudencia, negligencia o descuido. Y de estas ocurrencias no es responsable el agente.

"Significa lo expuesto que la enucleación del riñón izquierdo no es consecuencia natural de las heridas, porque provino de una complicación consistente en un acceso perinotrítico que infectó aquella víscera, y debe descartarse, por ende, de los efectos naturales de las lesiones, y que la importancia funcional de la mano izquierda no debe estimarse como daño grave porque no se ha establecido que ella sea total y definitiva.

"Atendido lo expuesto, estimo que no cuadra al caso que motiva este juicio, el inciso 1º del artículo 645 del Código Penal, ya porque la afección del riñón no fue consecuencia natural y necesaria de las heridas, ya por-

que la impotencia funcional de la mano izquierda, no estando establecido que esa impotencia es completa y definitiva, esto es, que el ofendido perdió en absoluto el uso de ese órgano, no puede afirmarse que ese daño comporte enfermedad de por vida, pérdida de algún órgano o miembro, notable deformidad física gravemente perjudicial o incapacidad perpetua de trabajar como antes.

"Y así es de rigor concluir que la sentencia es violatoria de la ley penal, por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar."

Como se ve de lo transcrito, el recurrente no ha presentado en casación nuevos aspectos jurídicos en este negocio, sino que, sirviéndose de la causal por él alegada y contemplada en la ley respectiva, ha insistido en sus puntos de vista expuestos ante el Tribunal Superior con motivo de la apelación allí surtida. El Tribunal contestó entonces al apelante valiéndose del dictamen pericial, visible a folios 73 y vuelta, del informativo, dictamen que efectivamente, armonizado y relacionado en forma científica, con los varios reconocimientos practicados al herido por expertos en medicina y cirugía, debe tenerse en cuenta de una manera fundamental, tanto para fijar las consecuencias de las lesiones sufridas por el agredido a causa de los disparos que recibió, como para saber la pena que al agresor le corresponde, conforme a la ley, por su delito. Solamente hubiera podido hacer viable el recurrente la causal alegada, si al dictamen de que se trata hubiera contrapuesto otro igualmente autorizado, científicamente hablando, que expresara y demostrara lo alegado por aquél. Pero como tal dictamen no existe y el que obra en autos sí es de una gran fuerza probatoria, deduciéndose de él, claramente, que el hecho delictuoso de autos, ha quedado comprendido en el inciso 1º del artículo 645 del Código Penal, es inobjetable concluir que con las meras consideraciones del recurrente no se ha demostrado la mala interpretación de la ley penal ni el haberse aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar, y por lo mismo, careciendo de fundamento lo alegado, la sentencia del Tribunal debe mantenerse en firme.

Cuanto a lo insinuado por el sustentante del recurso sobre la falta de plena prueba de la responsabilidad del acusado, como tan sólo se limita a remitir a la Corte al estudio sobre los testimonios que hizo ante el Tribunal, sin reproducir siquiera lo pertinente de ese estudio, siendo así que esta superioridad, en un recurso extraordinario como es el de que se trata, no tiene por qué buscar oficiosamente pruebas en el expediente, sino que por el que alega se le deben presentar debidamente estudiadas y analizadas conforme lo exige la ley respectiva; cuanto a esa insinuación del recurrente, se repite, la Corte nada tiene qué decir. Y además, el punto fue ampliamente tratado por el Tribunal sentenciador.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador y conforme con él, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida, lo que hace administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

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

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio dos de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

Como apoderado del Municipio de Soracá, el doctor Julio César Camargo presentó demanda ordinaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja para que en sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que se condene al Departamento de Boyacá, demandado, a pagar a mi mandante la cantidad de ciento sesenta pesos con treinta centavos ($ 160-30) moneda corriente, que le debe del diez por ciento del producto de la renta de licores destilados, en el año de mil novecientos veintiséis, y que le corresponden legalmente por la participación que tiene en dicha renta, de acuerdo con el producto bruto a que ascendió.

"Segunda. Que la participación a que tiene derecho el Municipio de Soracá, mi poderdante, no es sobre el consumo de la renta de licores destilados allí, sino sobre el diez por ciento del producto bruto de la misma renta en el Departamento.

"Tercera. Que se obligue a pagarle a mi mandante, además, los intereses legales de la cantidad precitada, desde que el deudor se constituyó en mora hasta el día del pago; y

"Cuarta. Que ordene que el pago se haga dentro de los seis días siguientes al en que quede ejecutoriada la sentencia definitiva que recaiga en este juicio."

El derecho, causa o razón de la demanda, lo funda el actor en el artículo 12 de la Ley 8ª de 1909, que dice:

"Del producto de las rentas cedidas por esta Ley a los Departamentos, se destinará el diez por ciento de la de licores y degüello para los Municipios."

Como hechos señaló los siguientes:

"a) El diez por ciento del producto bruto de la renta de licores destilados a que tiene derecho el Municipio de Soracá en el año de mil novecientos veintiséis, asciende a la suma de doscientos cincuenta y cuatro pesos con treinta y cuatro centavos ($ 254-34).

"b) El Municipio de Soracá solamente recibió la suma de noventa y cuatro pesos con cuatro centavos ($ 94-04). por cuenta del diez por ciento de la renta de licores destilados en el año de mil novecientos veintiséis.

"c) El producto bruto total de la renta de licores destilados en el Departamento ascendió a la suma de trescientos quince mil trescientos noventa y un pesos ($ 315,391) en el año de mil novecientos veintiséis, según resulta del informe rendido por el señor Secretario de Hacienda al señor Gobernador del Departamento en enero último.

"d) El pago al Municipio de Soracá se hizo por el estanquero respectivo, mediante la presentación de recibos o cuentas de cobro, suscritos por el Tesorero Municipal y visados por el Alcalde y por el Presidente de la Municipalidad; y

"e) El parágrafo del artículo 9º de la Ordenanza 14 de 1926 fue declarado nulo por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Tunja, en sentencia de fecha veintisiete de julio retropróximo."

Corrida en traslado la demanda al Fiscal del Tribunal, representante del Departamento, se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas, porque con ellas se violarían ordenanzas y decretos vigentes, de los cuales se deduce que el diez por ciento que a cada Municipio corresponde, es el diez por ciento de lo que en el mismo Municipio produce el remate de la renta de licores. El artículo 9º de la Ordenanza 14 de 1926 determina el tanto por ciento que puede tomarse de la renta de licores para la administración de la misma, e indica que ese porcentaje se tomará deducidos los gastos de producción; y el artículo 27 del Decreto 202 de 1926 detalla la operación aritmética que debe hacerse para sacar el diez por ciento que corresponde al respectivo Municipio, e indica el lugar del pago, a quién debe hacerse y con qué formalidades. Los hechos los contestó así:

"El primero. No es cierto. El demandante incurre en el error de estimar que el diez por ciento que corresponde a los Municipios en la renta de licores se toma del producto total de dicha renta, y que ese porcentaje se distribuye por partes iguales entre los ciento veinticinco Municipios del Departamento. Pero a esta estimación del demandante se oponen las disposiciones ya citadas atrás de la Ordenanza 14 y Decreto reglamentario 202 de 1926.

"El segundo. No me consta. Pero si así fuere, será porque esa es la suma que al Municipio de Soracá le corresponde, según las disposiciones citadas, como participación de la renta de licores.

"Al tercero. No me consta. Pero así será, si consta en el documento oficial que cita el demandante.

"Al cuarto. Tampoco me consta. Pero si el pago se hizo en la forma que indica el demandante, está bien hecho, por estar de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto 202 citado; y

"Al quinto. Es cierto. Pero la misma circunstancia de tener dicha sentencia fecha veintiocho de julio de este año, y la de estar apelada para ante el Consejo de Estado, están indicando que el parágrafo del artículo 9º de la Ordenanza 14 de 1926, que es al que la demanda se refiere, tuvo fuerza obligatoria completa durante el año de mil novecientos veintiséis; pues no hay que perder de vista que toda disposición legal o administrativa expedida por la entidad que tiene poder para hacerlo, conserva su fuerza mientras no sea anulada por la autoridad competente."

Abierto el juicio a prueba, presentadas algunas por el demandante, y visto el alegato de conclusión del señor Fiscal, el Juez de la primera instancia, encontrando libres los autos de nulidades, procedió a dictar su fallo, con fecha ocho de mayo de mil novecientos veintiocho, y en él absolvió al Departamento de Boyacá de los varios cargos de la demanda interpuesta por el Municipio de Soracá.

Apelada la sentencia por el demandante, el juicio vino a la Corte, en donde se abrió a pruebas a petición del mismo, sin que presentara ninguna ni alegara en el término correspondiente.

El señor Procurador General de la Nación, a quien se le corrió el traslado del caso, historió el proceso; trascribió la extensa y bien razonada sentencia del Tribunal, con cuyas consideraciones estuvo de acuerdo, y terminó pidiendo que ella fuese confirmada.

Como no se observa motivo de nulidad, es oportuno decidir sobre la controversia en esta segunda instancia, y para el efecto la Corte tiene en cuenta lo siguiente:

El demandante señala como fuente del derecho que reclama, el artículo 12 de la Ley 8ª de 1909, redactado así:

"Del producto de las rentas cedidas por esta Ley a los Departamentos, se destinará el diez por ciento de la de licores y degüello para los Municipios."

Y en su primera petición exige que se condene al Departamento de Boyacá a pagar a su mandante la cantidad de $ 160-30, que le debe del diez por ciento del producto bruto de la renta de licores en el año de mil novecientos veintiséis; pero olvida que de ese producto hay que deducir, forzosamente, el valor de los gastos de producción y de administración, gastos que tuvieron que afectar el capital del Departamento para obtener la renta. De suerte que resulta fundada la oposición del señor Fiscal a que se hagan las declaraciones de la demanda.

El apoderado del Municipio de Soracá no comprobó los cinco hechos fundamentales de la demanda; pues respecto del primero no se sabe qué cálculo, qué datos y qué operaciones aritméticas tuvo en cuenta para deducir que el diez por ciento del producto de la renta de licores a que tiene derecho el Municipio de Soracá en el año de mil novecientos veintiséis, es de $ 254-34. En relación al segundo hecho tampoco hay prueba de que el expresado Municipio sólo recibió por cuenta del diez por ciento de la renta correspondiente a mil novecientos veintiséis, la suma de $ 94-04. El hecho tercero, relativo a que el producto bruto de la renta de licores en el Departamento ascendió en total en el año de mil novecientos veintiséis, a la suma de $ 315,391, según informe rendido por el Secretario de Hacienda al Gobernador, tampoco está demostrado, porque ese simple informe no es prueba suficiente de la cuantía de ese producto, ya que él debe resultar de los respectivos libros de contabilidad, sin sujeción a descuentos y diferencias provenientes de cualquier causa. Los puntos cuarto y quinto carecen de prueba; pues no consta cómo se hizo el pago al Municipio demandante o en qué condiciones; ni se sabe si la sentencia del Tribunal Seccional quedó en firme en oportunidad para hacer ineficaz en mil novecientos veintiséis el parágrafo del artículo 9º de la Ordenanza 14 del mismo año.

Se ve, pues, que el demandante no empleó los medios legales apropiados para que su acción prosperara, y que la sentencia absolutoria del Tribunal, laboriosa y jurídica, no merece reparo alguno.

Por lo dicho, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** el fallo materia de la apelación. Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio siete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

Al Tribunal Superior de Medellín correspondió conocer de la demanda ordinaria incoada contra el Departamento de Antioquia por el señor José Gutiérrez, en que éste solicita la siguiente declaración:

"Que dicho Departamento es mi deudor por el valor del seguro colectivo que me corresponde por la muerte de mi hijo José Doroteo, al servicio de la empresa del Ferrocarril de Antioquia, por la cantidad de novecientos doce pesos cincuenta centavos ($ 912-50) oro, equivalente a un año de trabajo, a razón de dos pesos cincuenta centavos diarios, y que está en la obligación de verificar el pago dentro del término legal."

Para fundar su demanda expuso el actor que su citado hijo fue trabajador de la empresa del Ferrocarril de Antioquia, en los talleres de Bello, como oficial de carpintería; que después de trabajar largo tiempo en dichos talleres, se trasladó al Distrito de Puerto Berrío, en donde continuó al servicio de la misma empresa, siempre como oficial de carpintería; que en dicho lugar contrajo una enfermedad, por lo cual permaneció en el hospital de San Rafael desde el veintiocho de enero hasta el cuatro de febrero de mil novecientos veintiséis; que el médico oficial del mencionado Hospital le prescribió que no volviera a Puerto Berrío, por lo cual se dirigió a Medellín, donde se hizo tratar del doctor Roberto Gaviria, quien lo recetó hasta el día de su fallecimiento; y que habiéndose el demandante dirigido a la Junta del Ferrocarril de Antioquia en reclamación del seguro a que le dan derecho las leyes, su petición fue rechazada por la circunstancia de no haber figurado su hijo en la nómina del mes en que ocurrió su fallecimiento.

Se invocaron como fundamentos de derecho de la demanda las Leyes 57 de 1915; 37 de 1921; 32 de 1922 y el Decreto ejecutivo número 502 de 18 de marzo de 1923, que las reglamenta.

El señor Fiscal del Tribunal, al contestar la demanda, negó de fondo, en cuanto al derecho y a la acción intentada. En lo tocante a los hechos aceptó algunos y negó otros, ya total, ya parcialmente.

El fallo del Tribunal concluye absolviendo de todo cargo al Departamento, sin hacer condenación en costas. Por apelación del actor ha subido el proceso a la Corte, y habiéndose sustanciado en ésta el negocio con arreglo a la ley, se procede a dictar el fallo que el caso requiere.

Aun cuando entre las leyes invocadas por el demandante se encuentra la 57 de 1915, que versa "sobre reparaciones por accidentes del trabajo," la acción intentada por aquél no es la que dicha ley establece, sino la de seguro colectivo obligatorio que consagran la Ley 37 de 1921 y la 32 de 1922.

De los términos del artículo 7° de este último estatuto se deduce que sólo hay derecho a hacer efectivo el seguro obligatorio cuando el empleado fallecido figure en la nómina del mes en que haya ocurrido la defunción. En efecto, la citada disposición establece en lo pertinente:

"Aparte de la facultad concedida por los artículos 1° y 2° de esta Ley, el seguro no será contratado a favor de determinado individuo, sino a favor de la entidad que haga el contrato, la cual, cuando llegue el caso de hacer efectiva la cuota a que haya derecho por defunción de alguno de los asegurados, está obligada a pagar íntegramente dicha cuota al cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, y a los asignatarios forzosos del empleado que fallezca, y cuyo nombre figure en la nómina respectiva del mes en que ocurra la defunción, salvo el caso de que el seguro haya sido hecho a favor de determinada persona por voluntad expresa del obrero fallecido."

Las pruebas aducidas por el demandante en relación con la enfermedad de su hijo José Doroteo, con su retiro de los talleres del Ferrocarril de Antioquia y con su fallecimiento, son las siguientes, allegadas en la primera instancia, ya que en la segunda ninguna de las partes pidió la apertura del juicio a pruebas:

a) Dos certificados expedidos por el doctor Roberto Gaviria y ratificados por éste bajo juramento ante el Tribunal a quo, que a la letra dicen:

"Certifico que el señor José Gutiérrez está incapacitado para trabajar por motivos de enfermedad grave, que sufre una afección reumática y una ictericia subaguda. Además, es cardíaco.

"Marzo 13 de 1926.

"R. Gaviria R."

"El suscrito médico, certifica: que trató al señor José Gutiérrez para una enfermedad adquirida en Puerto Berrío, estando trabajando como obrero del Ferrocarril de Antioquia.

"Mayo 4 de 1926.

"R. Gaviria R."

b) Una certificación, ratificada también bajo juramento, del señor Elías Vélez, cuyo tenor es:

"Puerto Berrío, 15 de enero de 1927.

"Certifico que a fines de enero de 1926 el señor José Gutiérrez fue despachado al Hospital de San Rafael como oficial que enfermó al servicio de la empresa del Ferrocarril de Antioquia, estando bajo mi dependencia, y que en esta época era yo Capitán de Patios de este puerto."

c) Un oficio del Inspector del Ferrocarril de Antioquia, señor Miguel Mejía B., dirigido al Superintendente de la División del Nus, en que consta lo siguiente:

"El señor José Gutiérrez trabajó en esta empresa a las órdenes del Capitán Elías Vélez, hasta el 27 de enero próximo pasado, y el día 28 de dicho mes se le expidió boleta de hospital. Después de eso no volvió a trabajar aquí, pues aun cuando después de salir del hospital vino aquí, no siguió trabajando. El expresado José Gutiérrez era un carpintero y devengaba un salario de $ 2-25 diarios."

d) Un informe rendido por el Capitán de Patios del Ferrocarril que se viene mencionando, a virtud de despacho librado por el Tribunal, en los siguientes términos:

"Como aquí no hay propiamente Jefe del taller de carpintería, en mi carácter de Capitán de la cuadrilla de patios y encargado del taller de carpintería del Ferrocarril de Antioquia, de acuerdo con las libretas que de trabajadores se llevan, informo y hago constar que el señor José Gutiérrez entró a trabajar en el taller como carpintero el dos (2) de noviembre de 1925, y trabajó hasta el 27 de enero de mil novecientos veintiséis."

e) El siguiente certificado:

"El infrascrito Médico del Hospital San Rafael, del Ferrocarril de Antioquia, certifica: que el 28 de enero de 1926 entró al Hospital San Rafael, del Ferrocarril, el señor José A. Gutiérrez, carpintero al servicio de la em-

presa del Ferrocarril en Puerto Berrío, y salió el 4 de febrero, ya repuesto de su enfermedad. Estuvo enfermo de homoglobinuria, y se le advirtió el peligro de la recaída si continuaba en clima cálido.

"Hospital San Rafael, enero 17 de 1927.

"Marco S. López"

f) Copia del acta de defunción de José Gutiérrez, expedida por el señor cura de la parroquia de La Veracruz, en Medellín, de la cual aparece que aquél falleció el diez y nueve de marzo de mil novecientos veintiséis, en el barrio de Bermejal, de dicha ciudad.

Con las pruebas que se acaban de relacionar y con la propia confesión de la parte actora, se halla establecido que José Gutiérrez trabajó como carpintero en la empresa del Ferrocarril de Antioquia hasta el veintisiete de enero de mil novecientos veintiséis; que el veintiocho del mismo mes ingresó al Hospital de San Rafael, de la empresa mencionada, que permaneció allí hasta el cuatro de febrero siguiente, y que falleció el diez y nueve de marzo del mismo año.

Es, pues, indudable que el fallecimiento del nombrado Gutiérrez ocurrió en un mes distinto de aquel en que figuró en la última nómina de pagos y que, en consecuencia, no se halla comprendido en el caso previsto en el artículo 7º de la Ley 32 de 1922, anteriormente transcrito.

Como el actor alegara en su favor en escrito adicional al alegato de conclusión de primera instancia las disposiciones de la Ordenanza 5ª de 1926, el Tribunal dijo a este respecto lo siguiente:

"Es cierto que la Ordenanza 5ª de 1926 extiende la gracia del seguro al obrero o empleado cuya muerte 'haya sido consecuencia de una enfermedad o accidente ocurridos durante el tiempo que desempeñaba el empleo o trabajo que le haya incapacitado físicamente para trabajar,' siempre 'que tenga lugar la defunción dentro de los seis meses siguientes a la separación del trabajo por la enfermedad o accidente,' (artículo 3º); pero en este expediente no aparece comprobado que la muerte de José Doroteo Gutiérrez haya tenido por causa una enfermedad o accidente ocurrido cuando dicho empleado estaba al servicio del Ferrocarril de Antioquia.

"Según el certificado del médico del Hospital de San Rafael, Gutiérrez salió de ese establecimiento el 4 de febrero, 'ya repuesto de su enfermedad. Estuvo enfermo de hemoglobinuria y se le advirtió el peligro de la recaída si continuaba en clima cálido.' Según la partida de defunción, murió de paludismo. El médico doctor R. Gaviria R. certificó el trece de marzo de 1926 que Gutiérrez sufría una afección reumática y una ictericia subaguda y que además era cardíaco.

"¿En dónde fueron adquiridas estas enfermedades? No hay prueba en el proceso que establezca la verdad sobre este punto. El doctor R. Gaviria R. dijo en su certificado del folio 1º, que las enfermedades que estaba tratando habían sido adquiridas por Gutiérrez en Puerto Berrío, cuando el enfermo estaba al servicio del Ferrocarril, pero en su ratificación del folio 20 se ve que el doctor Gaviria R. no había hecho esa afirmación por conocimiento personal y directo.

"El señor Elías A. Vélez afirma también que enfermó estando al servicio del Ferrocarril. Pero sin duda se refiere a la enfermedad que fue tratada en el Hospital de San Rafael y no a la que le causó la muerte a Gutiérrez. Dando a la certificación de Vélez el valor de plena prueba quedaría siempre faltando la prueba de identidad entre la enfermedad contraída por Gutiérrez cuando estaba al servicio del Ferrocarril y la que le causó la muerte.

"Además, se observa que las enfermedades de que se habla en los diversos documentos citados no son las mismas, y que según el certificado del médico del Hospital de San Rafael, Gutiérrez salió repuesto de ese establecimiento."

El señor personero del demandante sostiene en su alegato de conclusión que sí se encuentra demostrado que la muerte de Gutiérrez fue ocasionada por enfermedad contraída al servicio de la empresa del Ferrocarril, y basa su afirmación en la circunstancia de haber enfermado aquél cuando se hallaba trabajando como carpintero en la mencionada empresa; en haber permanecido en el Hospital desde el veintisiete de enero de mil novecientos veintiséis hasta el cuatro de febrero siguiente, y en haber muerto cuarenta y cinco días después de haber salido del Hospital. Pero fácilmente se advierte que la concurrencia de estas circunstancias no demuestra que la muerte del obrero Gutiérrez hubiera acaecido en virtud de enfermedad contraída en el servicio de la empresa, pues para ello sería menester que se hubiera establecido legalmente cuál fue la causa de su muerte, pues ésta pudo ser ocasionada por algún accidente ocurrido después de haber salido del Hospital. La afirmación contenida en la partida de defunción de haber muerto de paludismo, no constituye, como es obvio, prueba legal.

Sin esa comprobación no puede darse por establecida la relación de causalidad entre la muerte del citado obrero y las enfermedades que éste contrajera estando al servicio de la empresa del Ferrocarril; a lo cual se agrega que no se ha acreditado qué enfermedad o enfermedades contrajo aquél en el referido servicio, ya que las pruebas se han encaminado solamente a establecer las dolencias que padecía al ingresar al Hospital de San Rafael, siendo así que algunas de ellas, como la cardiopatía, pudieron ser adquiridas antes del ingreso del obrero a los talleres de la empresa.

Por las razones precedentes, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia recurrida.

Cópiese y notifíquese este fallo, publíquese en la **Gaceta Judicial**, y devuélvase el proceso al Tribunal a quo.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio once de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva y por suma de pesos sigue el Tesorero General del Departamento del Cauca contra el señor Miguel Varona Otero

y en favor de esta entidad, en tiempo hábil el ejecutado hizo uso del derecho de proponer excepciones, las que tramitadas ante el respectivo Tribunal Superior fueron resueltas en sentencia de fecha seis de abril de mil novecientos veintinueve, en que se declaró:

"a) Probada la excepción de pago parcial, de acuerdo con lo dicho arriba;

"b) No probadas las otras excepciones propuestas.

"En consecuencia, ordénase el remate de los bienes embargados al ejecutado para el pago del saldo que queda a su cargo."

Como el excepcionante interpuso recurso de apelación contra esta providencia, admitido que le fue subieron los autos a esta Sala, donde legalmente tramitada la segunda instancia, ha llegado la oportunidad de decidir acerca de su procedencia jurídica.

Las excepciones propuestas y sus fundamentos aparecen expresados así en el respectivo libelo:

"La de error de cuenta consiste en que no se han abonado las setecientas veintisiete botellas (727) de crema de que trata la Ordenanza número 52 de 1925, de la Asamblea del Cauca, ni sumas de dinero que yo he pagado a buena cuenta del alcance.

"La de falsedad del auto o documento que sirve de recaudo ejecutivo, pues por haber sido separado intempestiva y violentamente del puesto y habérseme así quitado el término de amparo de sesenta días que concedían las disposiciones fiscales vigentes, no pude recoger los créditos activos a favor de la Administración subalterna, los que se perdieron, como es natural, de modo que aquel documento no es la expresión de la verdad en cuanto se me negaron las garantías, de modo para mí irresistible, de modo que no soy responsable de lo que no pude recaudar por tal causa.

"La excepción de pago, porque como pago debe considerarse todo lo que he abonado con posterioridad a la notificación del mandamiento ejecutivo, en dinero, y como pago debe considerarse acaso el descargo que me hizo la Ordenanza número 52 de 1925, de 22 de abril, de setecientas veintisiete (727) botellas de crema."

La excepción de fuerza mayor se funda en los mismos hechos en que aparece sustentada la de falsedad.

En tratándose de ejecuciones libradas por virtud de alcance definitivo deducido contra un responsable del Erario por la respectiva Oficina de Cuentas, como acontece en el presente caso, de acuerdo con el artículo 1098 del Código Judicial, sólo son admisibles estas excepciones: falsedad del documento en todo, o en parte sustancial, pago y error de cuenta. De suerte que según esta disposición la excepción de fuerza mayor o caso fortuito es inadmisible por ministerio de la disposición citada.

La excepción relativa al error de cuenta no puede prosperar, pues como lo dice el Tribunal, en parte alguna aparece demostrado que algún elemento de los que forman la totalidad del alcance deducido contra el señor Varona, no sea verdadero, y mal puede tenerse por errónea la cuenta por el hecho de no haberse abonado al alcance el valor de setecientas veintisiete botellas de crema que la Asamblea en un acto posterior a la liquidación final de la responsabilidad de dicho señor, reconoció a su favor.

Tampoco aparece la demostración de que el documento que sirvió de recaudo ejecutivo haya sufrido alteración que menoscabe la verdad de su contenido, y de consiguiente, tal excepción no ha sido probada.

La excepción de pago parcial procede con fundamento en la disposición dictada por la Asamblea, de que ya se habló y acerca de la cual, lo mismo que respecto de los comprobantes sobre consignaciones hechas por el responsable, el Tribunal sentenciador dice:

"Háyase tratado o nó de verdadero pago hecho por Varona de estas 727 botellas de crema, la expresión literal de la Ordenanza 52 dice que Varona pagó esa cantidad, desde el momento que la Asamblea del Cauca le hizo el abono respectivo a la cuenta del demandado. Esa declaración de la Asamblea es suficiente apoyo para la excepción que se estudia, y en consecuencia, de la cantidad por la cual se ejecuta debe deducirse el valor de esas 727 botellas de crema, a razón de ochenta centavos oro cada una, que es el precio determinado en el auto de fenecimiento.

"Análoga deducción debe hacerse por la suma de noventa pesos oro, que el señor Varona ha abonado a su cuenta con el Departamento, según se ve de los recibos presentados por aquél y aceptados por la parte contraria y en el certificado expedido con fecha 26 de marzo de 1928 por el señor Tesorero General del Departamento (fojas 6, cuaderno de pruebas).

"Respecto al otro recibo aducido por el demandado, y datado el 21 de mayo de 1921, se observa que mal puede referirse al saldo liquidado contra el señor Varona O., en 1922."

En relación con la Ordenanza citada, que dispuso hacer un abono en la cuenta del responsable, la Corte le presta el debido acatamiento a ese mandato porque en los autos no aparece ninguna constancia de que ella haya sido anulada por autoridad competente.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia recurrida y de la cual se ha hecho referencia, declarando que la suma a que asciende el pago parcial que aparece demostrado es la de seiscientos setenta y un pesos, sesenta centavos. Las costas son de cargo del recurrente, las cuales se tasarán en la forma legal.

Cópiese y notifíquese; insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—Enrique A. Becerra—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

(Volumen 2º).

Extractada, compilada y anotada por

FERNANDO GARAVITO A.

Relator de la Corte.

Años 1914-1918.

Esta importante obra de más de seiscientas páginas, precedida de un estudio sobre inexequibilidad de las leyes y decretos, está a la venta en la Imprenta Nacional, a $ 3-50 cada ejemplar en rústica.

Imprenta Nacional.

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, agosto 10 de 1932. | Número 1866

Director, FERNANDO GARAVITO A.,

Relator de la Corte.

CORTE PLENA

PROPOSICION

aprobada por unanimidad en la sesión de Corte Plena del día 16 de julio de 1932.

"La Corte Suprema de Justicia, en la sesión de este día, hace constar su sincero pesar por el fallecimiento del señor doctor Abraham Arenas, ocurrido el siete de los corrientes en la población de La Mesa; reconoce que el doctor Arenas cuando, como Magistrado suplente e interino, prestó varias veces sus servicios en esta corporación, procedió con acendrada probidad y notable ilustración, cualidades que también puso de manifiesto en el desempeño de la judicatura y de una magistratura del Tribunal Superior de Bogotá y en el ejercicio de la abogacía, y declara que por estos motivos, no menos que por su honorable vida privada, el profesional desaparecido mereció el aprecio de sus conciudadanos y la estimación de la Patria.

"Publíquese esta proposición en la **Gaceta Judicial** y remítase a la familia del señor doctor Arenas."

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

La sociedad anónima **Cervecería Antioqueña Consolidada**, representada por su Gerente señor Ramón A. Restrepo, inició en febrero de mil novecientos veintitrés y ante el Juez 2º del Circuito de Medellín, juicio ejecutivo por suma de pesos contra la **Fábrica Nacional de Vidrios**, también sociedad anónima y cuyo Gerente es el señor Eliseo Barreneche.

En el curso del juicio ejecutivo se introdujeron el veinticinco de mayo y el cuatro de junio de mil novecientos veintitrés, respectivamente, dos demandas de tercería coadyuvante: la una por Enrique Benard y la otra por Enrique Posada C.

El primero reclamó la cantidad de seiscientos setenta pesos oro, por sueldos devengados del primero de marzo de mil novecientos veintiuno al veintisiete de noviembre del mismo año, más los intereses legales de esa cantidad desde la notificación de la demanda hasta el día en que se verifique el pago.

Estriba el fundamento cardinal de esta acción en el compromiso contraído por la sociedad para con el demandante, compromiso del cual da cuenta el acto número 10, de quince de noviembre de mil novecientos veintiuno, de la sesión celebrada por la Asamblea General de Accionistas de la empresa, con asistencia, entre otras personas, del mismo señor Benard. Allí aparece que la sociedad le reconoció los sueldos de cien pesos mensuales, no pagados desde el primero de marzo de mil novecientos veintiuno, hasta cuando comenzó la fabricación de vidrios, que lo fue el veintiocho de noviembre del mismo año, más los aumentos de esos sueldos desde esta última fecha hasta el diez y ocho de febrero de mil novecientos veintidós, en que se suspendió la fabricación.

Por lo demás, y como lo anota la sentencia que se revisa, está demostrado que el señor Benard cumplió sus obligaciones ejecutando los trabajos a que se había comprometido.

La tercería de Enrique Posada C. se apoya en la escritura número 271, de diez y ocho de febrero de mil novecientos veintidós, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Medellín.

En ese instrumento el señor Ramón Restrepo, obrando en su carácter de Consejero primero principal de la Junta Directiva de la Fábrica Nacional de Vidrios, reconoce que esta Sociedad es deudora de los señores Eliseo Barreneche, Félix Posada O., Juan Gregorio, Ramón, Félix, Enrique, Ricardo, Juan de Dios, Bernardo y José Manuel Posada C., de la cantidad total de diez y siete mil novecientos trece pesos veintiún centavos oro, descompuesta en las distintas partidas de que trata la cláusula primera de aquella escritura.

En sentencia del quince de septiembre de mil novecientos veinticinco, el Juez decidió lo siguiente:

"Con el producto de los bienes rematados y que en adelante se rematen, se solucionarán los créditos que en seguida se expresan, observando este orden:

"a) Las costas judiciales causadas en el interés general de los acreedores. El valor de este crédito sólo afectará los bienes gravados con hipoteca y de que se ha hecho mérito en el caso de no poderse cubrir totalmente con otros bienes del deudor;

"b) El crédito de la Cervecería Antioqueña Consolidada, constante en la escritura pública número doscientos sesenta y ocho (268), pasada ante el Notario 2º de este Circuito, el diez y ocho de febrero de mil novecientos

eintidós, por la cantidad de cuatro mil ciento veinti-ueve pesos cuarenta y siete ventavos oro ($ 4,129-47), sus intereses vencidos y que se venzan, a las distintas atas estipuladas en dicho instrumento y por las costas el juicio;

"c) El crédito del señor Enrique Benard, por la canti-ad de seiscientos setenta pesos oro ($ 670), los intere-es legales desde la fecha de la demanda y las costas del uicio.

"No es el caso de proveer declaración que diga el re-onocimiento del crédito pretendido en la demanda de ercería suscrita a nombre de Enrique Posada C., y por mismo se absuelve a los demandados en ese libelo de os cargos que allí se les formula, la cual lleva fecha de uatro de junio de mil novecientos veintitrés.

"Cubiertos los créditos cuyo pago se ordena bajo los umerales a), b) y c), el sobrante, si lo hubiere, se en-regará al representante legal de la Fábrica Nacional de idrios."

La sentencia fue confirmada por la del Tribunal de Medellín, de fecha tres de diciembre de mil novecientos eintiséis.

Los razonamientos de la sentencia del Tribunal para egar las pretensiones del tercerista Enrique Posada C., undamentos que en el fondo son los mismos que al res-ecto sustentan el fallo de primer grado, se hallan ex-uestos así:

"Graves y delicados problemas de orden legal se han lanteado con motivo de la negociación que contiene la scritura número 271, de 18 de febrero de 1922. Pero una uestión previa referente al carácter representativo del eñor Ramón A. Restrepo, echa por tierra el contrato llí consignado, y queda relevada la Sala de penetrar en a solución de aquellos intrincados problemas jurídicos.

"Pues bien: según los estatutos de la sociedad, las fal-as temporales del Gerente se llenarían por los suplentes, or su orden (folio 46 vuelto, capítulo VI, del cuaderno e pruebas de segunda instancia), y los suplentes nom-rados cuando se constituyó aquélla fueron los señores Enrique Posada y Germán Wolff (folio 49 vuelto, del uaderno de pruebas de segunda instancia). Estos nom-res fueron los que quedaron registrados en el libro del uzgado para los efectos legales, como se ve en el certi-icado respectivo (folio 3 vuelto del juicio ejecutivo).

"Posteriormente fueron reformados los estatutos (véa-e acta número 8ª, de 19 de julio de 1921, folios 55 vuelto 59 del cuaderno de pruebas de segunda instancia), y ntre las reformas introducidas se acordó que las faltas emporales del Gerente fueran suplidas por los Conse-eros 1º, 2º y 3º, en su orden. En virtud de esta modifi-ación, y como se hallaba impedido el Gerente principal, eñor Eliseo Barreneche, entró a reemplazarlo ad hoc el eñor Ramón Restrepo en la negociación que encierra a escritura número 271, de que enantes se hizo mención, a cual es el título escriturario en que se basa la deman-a de tercería, circunstancia aquélla que al efecto se ace notar al encabezar el contrato.

"Si bien es cierto que el señor Restrepo había sido Consejero 1º en acta número 9º de 18 de agosto de 1921 folio 9 del cuaderno de pruebas de segunda instancia), ambién lo es que esa diligencia o acta auténtica de la ociedad en que consta que se habían reemplazado por tros los suplentes del Gerente, no fue entregada en el uzgado respectivo para su registro, sino el 25 de enero de 1923 (folio 39 vuelto, del mismo cuaderno), esto es, casi al año de haberse otorgado la escritura número 271, en donde se encuentra la constancia de la deuda contraída en contra de la sociedad, acreencia que persigue el tercerista señor Posada C.

"El artículo 3º de la Ley 42 de 1898 dice:

"Los individuos cuyos nombres, como Gerente principal y suplentes, que se anotan en la Secretaría del Juzgado donde se registre el extracto de la escritura de una sociedad anónima, serán en los términos del artículo 1º de esta Ley, **los representantes legales de la sociedad** (subraya la Sala), **mientras no se entregue al mismo Juzgado en donde se haya hecho el registro, el acta auténtica de la sociedad, en que conste que se han reemplazado por otros tres; un principal y dos suplentes. La misma entrega deberá hacerse cada vez que por cualquier motivo se varían dichos representantes. Estas actas, después de registradas en el Juzgado, se publicarán tres veces, por lo menos, en el periódico oficial del respectivo Departamento.**

"En presencia del precepto legal que se ha copiado, es evidente que cuando el señor Restrepo obró como Consejero 1º para reemplazar al Gerente Barreneche, aún no tenía ante la ley el carácter representativo de la sociedad para poder obligarla en un acto o contrato. El señor Restrepo actuó como un particular y no pudo comprometer a la entidad. Siendo esto así, como obviamente se comprende, la inexistencia de la obligación que se recaba es palmaria. No puede admitirse que se creó nexo jurídico alguno que pudiera comprometer a la sociedad en favor de quienes allí aparecen como prestamistas, porque el genuino representante de ella no intervino en la negociación y, por lo mismo, la sociedad no quedó obligada ante los ojos de la ley.

"Es tan sencillo lo que se acaba de anotar, que insistir sobre el asunto sería pretender demostrar algo que es de claridad meridiana, ya que las fechas del otorgamiento de la escritura y del registro del acta número 9º, no dan lugar a vacilar so pretexto alguno. Esas son formalidades de rigor que impone la ley, y si se quebrantan, la sanción surge en seguida.

"Las anteriores consideraciones, cuyo alcance en derecho no tolera, por su sencillez, interpretación alguna dubitativa, impiden a la Sala proceder a analizar y definir los otros problemas que se han planteado a consecuencia de la operación consignada en la ya varias veces citada escritura número 271. La legalidad del crédito reconocido a favor del Gerente señor Barreneche; la hipotecación de los inmuebles sociales pocos días antes de la quiebra; la cesión del crédito, etc., etc., son cuestiones que, dado el vicio radical de que está afectado el contrato, no tienen porqué estudiarse en la presente providencia.

"Ha quedado, pues, demostrado que la obligación cuya efectividad persigue el tercerista Posada C. no tuvo viabilidad jurídica, porque quien contrató a nombre de la sociedad carecía de la facultad necesaria para representarla, debido a la omisión de una formalidad que categóricamente exige la ley, y, por consiguiente, la intervención del señor Restrepo en reemplazo del Gerente no pudo acarrear responsabilidad o compromiso alguno en contra de la entidad que dijo representar al extender la escritura para hacer constar o reconocer varias deudas en contra de aquélla."

El veintiséis de enero de mil novecientos veintinueve se repartió en la Corte este negocio, a virtud del recurso de casación que interpuso la Fábrica Nacional de Vidrios, como parte ejecutada, y Enrique Posada C., en su condición de tercerista.

Unicamente el segundo fundó el recurso por medio de apoderado. El otro tercerista y el ejecutado guardaron silencio.

Es admisible la demanda de casación. Se funda en la causal primera y expone varios motivos.

Primero. En sentir del señor apoderado del recurrente, el registro del nombre del representante de la sociedad en el Juzgado del Circuito es necesario únicamente para conocer quién es el personero legítimo de la compañía en juicio, pero no para la representación de la entidad en los contratos y demás actos extrajudiciales. Y tan cierto es esto que con el mismo objeto imponen análogas formalidades los artículos 37 y 38 de la Ley 40 de 1907, respecto de compañías domiciliadas fuera del país, y el artículo 8º de la Ley 105 de 1927 para las compañías de seguros. Esto porque si no se procediera así, con dificultad podría conocerse el nombre de la persona que representa a una sociedad que se intenta demandar.

No sucede lo propio en materia de contratos, porque la sociedad misma se encargará de hacer conocer al contratista la persona que la representa.

De ahí colige que no es aceptable que no pueda obligar y representar a una sociedad la persona que la Asamblea de Accionistas ha nombrado para tal efecto, mayormente cuando sucede, como en el presente caso, que el Gerente registrado de la sociedad reconoció en juicio la existencia de la obligación y en esta forma vino a ratificarla.

Tales son las alegaciones en que apoya la afirmación de que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 3º de la Ley 42 de 1898.

La Corte responde:

La Ley 42 de 1898 introdujo varias adiciones y reformas al Capítulo 2º, del Título 7º, del Libro 2º del Código de Comercio, que trata de las sociedades anónimas.

El artículo 1º prescribe que la escritura de sociedad debe contener el nombre, apellido y domicilio del Gerente o representante legal de la sociedad; y el nombre, apellido y domicilio de dos suplentes de éste, que en caso de falta absoluta o temporal, lo reemplacen, por su orden, en la representación de la misma sociedad.

El artículo 3º preceptúa que son representantes legales de la sociedad, en los términos del artículo 1º, los individuos cuyos nombres como Gerente principal y suplentes se anoten en la Secretaría del Juzgado donde se registre el extracto de la escritura, mientras no se entregue al mismo Juzgado el acta auténtica de la sociedad en que conste que se han reemplazado por otros tres: un principal y dos suplentes.

Si no puede remitirse a duda que conforme a preceptos positivos de nuestro derecho, los representantes legales de una persona jurídica como en una natural, no son sino mandatarios que obran en su nombre, las atribuciones que como a tales les corresponden abarcan por igual los actos judiciales y los extrajudiciales, desde luégo que es así como pueden ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y ser representadas judicial y extrajudicialmente.

La ley no ha limitado los efectos del registro del nombre del Gerente de la sociedad anónima al conocimiento de él como personero de la entidad en juicio; por lo tanto ese requisito es esencial para que quede revestido de poder suficiente, así en la celebración de actos y contratos que interesen a la entidad y no requieran además el lleno de otras formalidades, como en las controversias judiciales en que la Compañía haya de intervenir.

Por lo demás, entre las atribuciones que los estatutos de la Compañía Nacional de Vidrios confieren al Gerente, están las de celebrar los contratos que sean necesarios para la administración de los negocios de la Sociedad, y las de transigir, comprometer, desistir, apelar e interponer el recurso de casación y revisión, comparecer en los juicios en que se discute el dominio de los inmuebles sociales y delegar estas facultades a los apoderados judiciales y extrajudiciales que constituya (artículos 2 y 28).

En ejecución de la reforma que se hizo al artículo 2 de los dichos estatutos, consistente en que el Gerente sea reemplazado en sus faltas temporales por los Consejeros 1º, 2º y 3º, en su orden, y a falta de éstos entrará el suplente correspondiente, en la sesión de 18 de agosto de 1921 la Asamblea General de Accionistas eligió a los señores Ramón A. Restrepo, Enrique Benard y Albert Calle Consejeros 1º, 2º y 3º, en su orden.

Como el acta correspondiente no se llevó al registro en el Juzgado sino el veinticinco de enero de mil novecientos veintitrés, se concluye, conforme a lo hasta aquí expuesto, que el diez y ocho de febrero de mil novecientos veintidós, fecha en que Restrepo firmó la escritura número 271, reconociendo créditos a favor del señor Eliseo Barreneche y otros y a cargo de la Fábrica Nacional de Vidrios, no tenía personería para comprometer en forma alguna a la sociedad en cuyo nombre obraba.

Siendo esto así, ningún efecto jurídico en contra de esa entidad pudo producir ni la aceptación que en su propio nombre y oficiosamente por otros acreedores hizo de la citada escritura y del crédito de diez y siete mil novecientos trece pesos veintiún centavos oro el señor Eliseo Barreneche, quien en el propio día actuó como Gerente de la misma Sociedad en el otorgamiento de la escritura 268, en la cual reconoció la cantidad de cuatro mil ciento veintinueve pesos cuarenta y siete centavos oro como crédito en favor de la Cervecería Antioqueña Consolidada, representada por el señor Ramón A. Restrepo como Gerente, y en contra de la Compañía que representaba, ni el reconocimiento que en juicio hizo de la existencia de la primera de esas deudas como contraída por la Fábrica Nacional de Vidrios.

Cabe anotar que los artículos 37 y 38 de la Ley 40 de 1907 lo que exigen a las compañías no anónimas extranjeras que tengan negocios permanentes en el país, para comprobar su existencia legal y la de sus representantes en juicio, no es el registro en el Juzgado del extracto de la escritura en que se haga esa designación, sino la protocolización en la Notaría correspondiente de un certificado del Oficial público del país de su domicilio.

Tanto por esto como por no referirse esos preceptos a sociedades anónimas, se advierte que no cabe la analogía con las disposiciones especiales de la Ley 42 de 1898.

Por lo demás, las disposiciones legales que en el particular invoca el señor apoderado, inclusive la de la Ley 105 de 1927, lo que imponen a compañías extranjeras es la obligación de que tengan un representante para los juicios en Colombia, cosa bien distinta de la extensió

de atribuciones de los representantes legales de que trata la Ley 42 de 1898.

Segundo. Estima el vocero del recurrente que, según la doctrina del Tribunal, el señor Eliseo Barreneche era Gerente de la Fábrica Nacional de Vidrios, tanto cuando Restrepo firmó la escritura 271, como cuando Posada introdujo la demanda de tercería, y como Barreneche convino en todo lo solicitado en la tercería, ratificó lo hecho por Restrepo, en el supuesto de que éste no hubiera podido representar legalmente a la Sociedad en la escritura de hipoteca.

En esto se apoya para afirmar que el Tribunal quebrantó el artículo 2186 del Código Civil.

Se observa:

El artículo 2186 invocado, se refiere al efecto que producen las obligaciones contraídas por el mandatario a nombre del mandante; y como por lo ya expuesto, Restrepo no era mandatario de la Fábrica Nacional de Vidrios cuando firmó la escritura a favor de Barreneche y compañeros, no es de aplicación al caso el precepto en referencia.

Quiere decir esto que en sentir de la Corte es improcedente alegar como motivo de la violación de un precepto que regula relaciones jurídicas entre mandante y mandatario tenidos como tales, la ratificación del supuesto mandante a contratos ejecutados por un tercero.

Tercero. Como tercer motivo invoca el señor apoderado el quebrantamiento del artículo 575 del Código Judicial o por lo menos el 574 ibídem.

El primero, porque Barreneche convino en todo lo solicitado por Posada en la demanda de tercería, y en esas condiciones el juzgador tenía que reconocer este crédito en contra del ejecutado; y el segundo, porque como el tercerista Benard se opuso a las pretensiones de Posada, la confesión de Barreneche sólo a éste podía perjudicar, y de consiguiente era deber del Tribunal declararlo así.

La Corte hace a este cargo análogas observaciones a las precedentemente sentadas.

Si por lo visto Barreneche lo que desempeñó en realidad fue el doble papel de demandante y demandado a la vez, la aceptación de las pretensiones en cuanto favorecían sus particulares intereses en contra de la entidad que decía representar, nunca admite el calificativo de confesión; porque si la confesión implica la aceptación por una de las partes litigantes, de ser cierto lo que la otra asegura respecto de su acción o excepción, es obvio que en el caso de autos jurídicamente no había sino una parte y por lo tanto faltaron elementos esenciales para que el asentimiento hecho tenga el carácter de confesión de parte del señor Barreneche. Por este aspecto no hay, pues, violación del artículo 575 del Código Judicial, y por lo mismo el crédito de $ 913-21 y la parte que en los de cinco mil pesos, seis mil y seis pesos reclama el señor Barreneche o sus cesionarios no podían reconocerse.

No sucede lo mismo respecto de la parte que en los tres últimos créditos correspondía al señor Posada O. y a los señores Posada C., porque respecto de ellos, si es admisible la confesión del señor Barreneche, en su carácter de Gerente de la Compañía Nacional de Vidrios, confesión rendida al contestar la demanda de tercería de Enrique Posada C., porque teniendo Barreneche, como tenía a la sazón, el carácter de Gerente de dicha empresa, y estando previamente autorizado por la Sociedad, conforme al acta número 9 de diez y ocho de agosto de mil novecientos veintiuno, para tomar dinero a interés en beneficio de la misma Compañía, la confesión de Barreneche respecto de esos créditos hace prueba contra la sociedad y la obliga, sin perjudicar con dicha confesión a los demás acreedores cuyos títulos constaran por otros medios, al tenor de lo que dispone el artículo 574 del Código Judicial; y como el Tribunal desechó dicha confesión, violó el artículo 575 de este mismo Código y por ello habrá de casarse en parte la sentencia que es materia del recurso. Pero la misma confesión no es admisible para ratificar o revalidar la hipoteca con que se aseguraron esos créditos, porque siendo solemne el contrato de hipoteca, debía revalidarse o ratificarse con las mismas solemnidades de su constitución, conforme al artículo 1753 del Código Civil, y no por simple confesión del representante de la Sociedad, señor Barreneche. No aparece que se hubieran llenado esas formalidades.

Crédito del tercerista Enrique Benard. En relación con este crédito dice el apoderado del recurrente:

"Si al tercerista Posada se le reconoce su crédito con el carácter hipotecario que tiene, entonces poco interés tiene en que subsista o nó la acreencia del señor Benard. Pero aquel interés aumenta en el caso de que se reconozca el crédito a Posada pero sin carácter hipotecario, pues entonces entraría a prorrata con Benard.

"Por tal motivo procedo a exponer las razones que en mi sentir existen para que sea casada la sentencia del Tribunal en cuanto en ella se reconoció el crédito de Benard y se ordenó pagarlo. La misma exposición servirá para indicar la manera como en dicho punto debe reformarse la sentencia recurrida en el caso de que la honorable Corte dicte el fallo de instancia que sustituya al del Tribunal."

Como según se acaba de decir, habrá de casarse parcialmente la sentencia del Tribunal, en cuanto dejó de reconocerse el crédito de Enrique Posada C., aunque sin carácter hipotecario y establecido únicamente por confesión, es preciso considerar las razones con que el apoderado del recurrente Posada C. acusa la sentencia en cuanto reconoce el crédito de Benard. En esa parte se ataca la sentencia como violatoria de los artículos 1530 y 1761 del Código Civil y de las "disposiciones fiscales sobre timbre y papel sellado contenidas en el Decreto número 894 de 1915," entonces vigentes.

Dos razones se aducen como motivos del cargo: que el acta número diez (10) de la Asamblea General de Accionistas, en donde se consignó el proyecto de contrato con Benard, no está suscrita por todos los concurrentes a la sesión, y no es por lo mismo un acto que obligue a la Sociedad; y que suponiendo que la obligara, no se extendieron los ejemplares del documento, que serían la prueba del contrato.

La Corte observa que si bien es verdad que ese documento termina diciendo que firman todos los concurrentes a la reunión, la falta de esa formalidad no es óbice para que el acto obligue a la Sociedad, en primer lugar, porque los Estatutos no establecen que las actas de la Asamblea General de Accionistas han de estar firmadas por todos los concurrentes, y en segundo, porque actuaciones análogas no llevan sino la firma del Gerente y del Secretario, como aparece en el acta número 9 de diez y ocho de agosto de mil novecientos veintiuno, en la que se designaron Consejeros y se autorizó al Gerente para conseguir dineros en préstamo, acta en que se apoya el reconocimiento del crédito del tercerista Posada C.

Como lo anota acertadamente el señor Juez y la Sala sentenciadora, el contrato con Benard es de los que se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes, esto es, que su mérito ante la ley no admite la objeción de que no se extendieron los ejemplares del documento de que se habló al tiempo de su celebración. Y por lo mismo que faltó el documento, no había lugar a hacer uso de papel sellado ni de estampillas.

Debiéndose casar la sentencia de prelación acusada, en cuanto no reconoció el crédito del tercerista Posada C., deducción hecha de lo que corresponde a Eliseo Barreneche, para dictar la sentencia de instancia, se considera:

Como ya se dijo, el crédito del tercerista Posada C. está comprobado con la confesión del Gerente de la Compañía demandada, señor Eliseo Barreneche, pero no como crédito hipotecario, porque no se ratificó con las formalidades que exige su constitución, o sea por escritura pública. Y estando comprobado por confesión, en la prelación le corresponde el último lugar en este caso, conforme al artículo 574 del Código Judicial, al tenor del cual "la confesión no perjudica sino a la parte que la hace; así, pues, si en un concurso de acreedores uno o más de éstos probaren su crédito con la confesión del deudor común, tal prueba servirá para que esos acreedores sean pagados con los bienes del concurso pero sin perjuicio de los otros acreedores que hayan probado sus créditos por medios distintos del de la confesión del deudor."

Por otra parte, del crédito de diez y siete mil novecientos trece pesos veintún centavos ($ 17,913-21), hay que deducir lo que correspondía al señor Eliseo Barreneche, o su representante, o sean estas partidas: novecientos trece pesos veintiún centavos, con los intereses estipulados en la escritura número doscientos setenta y uno de diez y ocho de febrero de mil novecientos veintidós, otorgada ante el Notario 2° de Medellín, más la décima y la novena parte, respectivamente, de cinco mil y de doce mil pesos ($ 5,000 y $ 12,000), resto del crédito, también con los intereses estipulados en la misma escritura, porque respecto de esas tres partes con sus intereses no es admisible la confesión de Barreneche, y porque no estando comprobado qué parte determinada le correspondiera a Barreneche en las sumas de cinco mil y doce mil pesos, la Corte entiende que por ser diez los interesados, le correspondía la décima parte en la primera y la novena parte en la de doce mil pesos, por ser nueve los interesados. Deducidas esas cuotas que reclama Barreneche o su cesionario, las cuales ascienden a dos mil setecientos cuarenta y seis pesos quinientos cuarenta y tres milésimos oro ($ 2,746-543), el resto, o sean quince mil ciento sesenta y seis pesos seiscientos sesenta y siete milésimos ($ 15,166-667), es lo que puede reconocerse del crédito materia de la tercería de Enrique Posada C.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia proferida en esta causa por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha tres de diciembre de mil novecientos veintiséis, reforma la de primera instancia, y en su lugar resuelve:

Con el producto de los bienes rematados y que en adelante se rematen, se pagarán los créditos que en seguida se expresan y en el orden siguiente:

a) Las costas judiciales causadas en interés general de los acreedores. El valor de este crédito sólo afectará los bienes gravados con hipoteca y de que se ha hecho mérito en el caso de no poderse cubrir totalmente con otros bienes del deudor.

b) El crédito de la Compañía Antioqueña Consolidada, constante en la escritura número doscientos sesenta y ocho, de diez y ocho de febrero de mil novecientos veintidós, otorgada en la Notaría 2ª de Medellín, por la cantidad de cuatro mil ciento veintinueve pesos cuarenta y siete centavos oro ($ 4,129-47), y sus intereses vencidos y que se devenguen hasta el día del pago a las distintas ratas estipuladas en dicho instrumento y las costas particulares.

c) El crédito del tercerista Enrique Benard, por la cantidad de seiscientos setenta pesos oro ($ 670), los intereses legales desde la fecha de la demanda y las costas particulares del juicio.

d) El crédito del tercerista Enrique Posada C. por la suma de quince mil ciento sesenta y seis pesos seiscientos sesenta y siete milésimos oro ($ 15,166-667), con los intereses indicados en la demanda de dicho tercerista y reconocidos por Eliseo Barreneche como Gerente de la Compañía Nacional de Vidrios. Sin costas.

e) Absuélvese a dicha Compañía de los demás cargos de la demanda de tercería de Enrique Posada C. y en lo que correspondía al señor Eliseo Barreneche, conforme a lo dicho en este fallo.

f) Cubiertos los créditos cuyo pago se ordena, el resto, si lo hubiere, se entregará al representante de la Compañía Nacional de Vidrios.

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

TANCREDO NANNETTI — Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan N. Méndez — Juan E. Martínez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio ocho de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Por escrito de diez y nueve de febrero de mil novecientos diez y ocho, que fue repartido al Juzgado 1° del Circuito de Zipaquirá, Julio Barriga Páez, por medio de apoderado, demandó a los señores Ramón Matiz, Vicente Núñez y Delgado, Manuel Antonio Angulo Rodríguez, José de Jesús Ladrón de Guevara, Emiliana Gómez de Bunch, Eduardo Angulo y Mario José Fernández, para que, con su audiencia y mediante los trámites de un juicio ordinario, en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el lote de terreno que ocupa el demandado señor Ramón Matiz dentro de la finca denominada **La Piñuela**, de mi poderdante Julio Barriga Páez, en la sección de **La Piñuela**, jurisdicción del Municipio de Pacho, alinderado el lote así: por el pie, con tierras hoy de Vicente Núñez; por un costado, con el río Rute arriba, hasta su nacimiento o cabecera; y por el otro costado, toda la ceja de la cordillera, línea recta, a dar a **Alto Grande del Hatillo**, hasta el punto de la cordillera citada, en donde tocan los terrenos de Vicente Núñez.

Forma parte integrante de la citada finca de **La Piñuela**, comprendida dentro de los siguientes linderos generales: por la cuchilla de Subachoque, con **Potrerogrande**; de este punto, a dar al punto de **Regulé**, lindando con tierras de los indígenas de Pacho; y luégo por la quebrada del Tembladal, arriba, hasta donde se encuentra el camino que viene de Pacho para Subachoque, camino real arriba, a salir a la cuchilla que es el sitio de **Potrerogrande**. Título que expresa la hijuela de adjudicación de mi poderdante Barriga Páez en los juicios de sucesiones acumulados de sus padres, doctor Julio Barriga y señora Antonia Páez de Barriga, protocolizado en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, número 239, de veintiocho de febrero de mil novecientos doce, cuya copia auténtica registrada acompaño.

"Segunda. Que por consecuencia el expresado lote de terreno ocupado por el demandado Matiz, comprendido dentro de **La Piñuela**, especificada y demarcada como queda dicho, pertenece en dominio o propiedad y posesión a mi poderdante Julio Barriga Páez.

"Tercera. Que el demandado Ramón Matiz debe restituir a mi poderdante Barriga Páez el lote de terreno que indebidamente ocupa dentro de **La Piñuela**, como queda expresado en los puntos anteriores, con todos sus frutos naturales y civiles que pueda haber derivado una persona con mediana inteligencia y laboriosa consagración, desde que se halla en posesión del citado terreno hasta la fecha de su entrega material; y

"Cuarta. Que el demandado Matiz es responsable del presente juicio y por lo tanto que se le condene a pagar las costas de él."

Los demandados se abstuvieron de contestar esa demanda y el juicio siguió su curso legal y fue fallado en primera instancia el diez y siete de noviembre de mil novecientos veintiuno, absolviendo a los demandados de todos los cargos de la demanda.

Contra ese fallo interpuso la parte demandante el recurso de apelación, que le fue concedido, y con tal motivo subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que, previa la tramitación correspondiente, en sentencia de treinta y uno de enero de mil novecientos veintitrés, falló el recurso confirmando la sentencia de primera instancia, mediante las siguientes consideraciones:

"Según las peticiones de la demanda que se han transcrito, se viene en conocimiento de que la acción que aquí se ha intentado es la reivindicatoria. Se estudiarán las condiciones legales de esta acción a fin de saber si aquélla es procedente o nó. Se citarán al efecto las disposiciones del Código Civil que han de regir la materia de la controversia.

"La acción reivindicatoria o de dominio, dice el artículo 946, es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla.

"Artículo 947. Se pueden reivindicar las cosas corporales, raíces y muebles.

"Artículo 949. Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular.

"Artículo 950. La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa.

"Artículo 952. La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.

"De estas disposiciones se deduce, pues, que la acción reivindicatoria debe reunir en casos como el que se contempla las siguientes condiciones:

"1ª Que el actor se presente demandando en su condición de dueño de la cosa que se pretende reivindicar, ya se trate de la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria.

"2ª Que la cosa reivindicable sea singular.

"3ª Que cuando el demandante no es dueño de la cosa singular que se reivindica, tenga por lo menos en ella una cuota determinada, pero entonces la reivindicación no podrá tener lugar sino por esa cuota.

"El demandante en este juicio no ha llenado las condiciones anotadas, como se observará en seguida.

"La primera y segunda petición de la demanda se dirige a que se declare que un lote de terreno que allí se determina hace parte de la finca de **La Piñuela**, y por consiguiente pertenece en dominio y propiedad al demandante.

"El lote en cuestión fue determinado así: 'por el pie, con tierras hoy de Vicente Núñez; por un costado, por el río Rute arriba, hasta su nacimiento o cabecera; y por el otro costado con la ceja de la cordillera, línea recta, a dar al **Alto Grande del Hatillo**, hasta el punto de la cordillera citada, en donde tocan los terrenos de Vicente Núñez.'

"Pues bien, el demandante no ha comprobado que sea dueño del lote que se acaba de determinar; ni que se halle dentro de los límites que se señalan a la finca de **La Piñuela**, ni tampoco que sea propietario de esta última finca.

"No lo primero, porque de los autos no aparece título alguno que radique en la persona de Barriga Páez la propiedad de ese lote por los linderos que se acaban de citar. Bien se sabe que no puede haber propiedad sobre una finca raíz sin la correspondiente escritura pública registrada, cuando el título que se invoca es traslaticio de dominio.

"No se ha acreditado tampoco que el lote mencionado se halle dentro de los límites de **La Piñuela** porque, antes bien, de las pruebas que figuran en autos y muy especialmente de la inspección ocular que practicó el Magistrado sustanciador en esta segunda instancia, se viene en conocimiento de que ese lote no forma parte de aquella finca, si se atiende a los linderos de la demanda.

"Este mismo concepto lo expresa el demandante en los hechos **a)**, **c)** y **d)** de su libelo, cuando dice:

'En el Juzgado 1º del Circuito de Zipaquirá tuvo lugar el 11 de abril de 1917 el remate de un lote de terreno que se dijo ser de la sucesión de Jorge Bunch, y que fue denunciado en los inventarios adicionales de dicha sucesión.'

'Que el rematador que figura fue el señor Ramón Matiz, a quien se le adjudicó por los linderos siguientes: 'por el pie, con tierras hoy de Vicente Núñez; por un costado, con el río Rute, hasta su nacimiento o cabecera; y por el otro costado, con la ceja de la cordillera, línea recta, a dar al **Alto Grande del Hatillo**, hasta el punto de

la cordillera citada, en donde tocan los terrenos de Vicente Núñez.'

'El lote que el señor Ramón Matiz remató, si es que existe, no puede ser el que hoy ocupan indebidamente los demandados, pues nada tiene que ver con **La Piñuela**, de propiedad de mi poderdante Barriga, sólo parece hacer parte del globo de terreno denominado **Pinal**, ubicado en la vereda de **La Piñuela**, pero que es cosa muy distinta de la propiedad de mi poderdante Barriga P., ubicada en la misma vereda.'

"Si de acuerdo con estos hechos, el lote determinado en la demanda y que se pretende reivindicar, no existe o forma parte de un predio en que no tiene derechos de propiedad el demandante, mal puede dar fundamento a una acción reivindicatoria, en la que es preciso, ante todo, comprobar el derecho de dominio.

"Si el demandante hubiera sido dueño exclusivo de **La Piñuela**, hubiera acreditado, además, que los demandados habían ocupado parte de ese predio indicando los límites ciertos y precisos de la parte ocupada, quizá hubiera prosperado la acción. Pero se ha dicho que el demandante tampoco ha acreditado que sea dueño exclusivo de **La Piñuela**, y ello es así, como pasa a demostrarse.

"Es verdad que el señor Julio Barriga, padre del demandante, compró a José Celestino Lara esta finca por los límites que señala el título que figura en el expediente; pero no se ha demostrado que ella hubiera pasado en su totalidad a poder de Barriga Páez, pues que la hijuela que se trajo como título de éste para fundamentar la acción, sólo indica que a él se le adjudicó en la sucesión de aquél y de su madre la señora Antonia Páez, una cuota de la expresada finca. Y si esto es así, como lo es, la propiedad del mentado predio como cosa singular, no reside en la cabeza del demandante sino que pertenece a la comunidad formada por él y los otros copartícipes que existan.

"En esta virtud y en caso de haberse determinado el predio que realmente se quiere reivindicar, la petición no ha debido hacerse para Barriga Páez sino para la comunidad expresada, cosa indispensable, porque en tal caso, al hacerse en la sentencia la declaración de dominio, no podría dictarse a favor de uno solo de los comuneros en su nombre particular."

Contra esa sentencia se interpuso el recurso de casación que, concedido por el Tribunal, la Corte lo admite por hallarse ajustado a las exigencias de la ley.

Comienza el recurrente acusando la referida sentencia por violación de los artículos 949, 950 y 951 del Código Civil, lo cual quiere decir que invoca la primera causal de casación de que trata el ordinal 1º del artículo 2º de la Ley 169 de 1896; pero como al final de su alegato invoca la segunda causal, se procede al examen del recurso, comenzando por ese capítulo que, a la letra, dice:

"Segunda causal de casación. Por interpretación errónea de los artículos 949 a 952 del Código Civil, porque en el 951 se da derecho de reivindicación al que ha perdido la posesión, aun cuando no presente título de dominio, y en este caso el demandante probó la posesión que había perdido, y en la sentencia se considera que no estando en el caso de los demás artículos citados, no hay derecho a reivindicación de la cosa. Es que en el caso del artículo 951, de acuerdo con lo que requiere la equidad, la ley dispone que la cosa se devuelva al poseedor regular de ella para que si no la reclama su legítimo dueño con acción de dominio, aquél pueda lograr éste por medio de la prescripción, puesto que quien tiene la cosa carece de derecho para retenerla."

Se observa:

La violación de ley sustantiva por efecto de una errónea interpretación de ella, no constituye la segunda sino la primera de las causales de casación, y por lo demás, el cargo por esta última causal expuesto por el recurrente, no tiende a demostrar la errónea interpretación de las disposiciones citadas por él, sino más bien, que se incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas aducidas por el demandante de haber estado en posesión de la finca **La Piñuela**; y como el cargo tampoco se funda en este motivo, no hay lugar a tomarlo en consideración.

Volviendo ahora a la acusación por violación de los artículos 949, 950 y 951 del Código Civil, formulada en el primer capítulo de la demanda de casación, dice el recurrente:

"Se funda la sentencia del Tribunal en el hecho de que el demandante no ha probado que sea dueño del lote que se determina en la demanda; ni que el citado lote se halle dentro de los límites que señalan a la finca de **La Piñuela**; ni tampoco que sea propietario de ésta o sea de **La Piñuela**.

"El artículo 949 del Código Civil, dice que se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, y el demandante Barriga es dueño de una cuota precisamente en una cosa singular, y aun cuando pudiera quedar una duda sobre la interpretación por el hecho de la cantidad que se reivindica, viene después el artículo 951 que dice que se concede la acción reivindicatoria o de dominio, aunque no se pruebe dominio al que ha perdido la posesión regular de la cosa, etc., y precisamente aquí se probó que el demandante estaba en posesión de la cosa, con las declaraciones de Aquilino Chaves, Silvano Chaves y Agustín Clavijo, ante el Juez Municipal de Subachoque, fojas 24 a 29 del cuaderno de pruebas de primera instancia, con la inspección ocular practicada como prueba de segunda instancia, a fojas 10 a 14 del cuaderno respectivo número 7 (pruebas del demandante en segunda instancia)."

Cierto es que los testigos a quienes se refiere el recurrente declaran:

"Me consta, por haberlo presenciado, que el señor Julio Barriga desde que adquirió la propiedad de tal terreno, por escritura número 181, de fecha 26 de febrero de 1887, ante el Notario 3º de Bogotá, por compra a Celestino Lara, tanto el citado señor Barriga como su sucesor el demandante señor Barriga Páez, han venido poseyendo quieta y pacíficamente sin interrupción alguna, el inmueble, por los linderos ya expresados en la pregunta anterior, hasta ahora que el señor Vicente Núñez, en representación o como comprador de Ramón Matiz, ha ocupado a la fuerza, tratando de confundir a **La Piñuela** con **Pinalis**, que fue de Roberto Bunch."

Pero es lo cierto que la posesión de que trata la disposición en que quiere apoyarse el recurrente (la del artículo 951 del Código Civil), es la posesión regular, que es la que procede de justo título (artículo 764 ibídem), y la que, tratándose de bienes raíces, requiere, además, para su comprobación, la exhibición del título correspondiente. Pero la hijuela que a los autos trajo el demandante, apenas acredita a éste como poseedor regular de una cuota del terreno **La Piñuela**. Por eso, como se ha visto, el Tribunal razona así en el fallo recurrido:

"Es verdad—dice—que el señor Julio Barriga, padre del demandante, compró a José Celestino Lara esta finca por los límites que señala el título que figura en el expediente; pero no se ha demostrado que ella hubiera pasado en su totalidad a poder de Barriga Páez, pues que la hijuela que se trajo como título de éste para fundamentar la acción, sólo indica que a él se le adjudicó en la sucesión de aquél y de su madre Antonia Páez, una cuota de la expresada finca. Y si esto es así, como lo es, la propiedad del mentado predio como cosa singular, no reside en la cabeza del demandante sino que pertenece a la comunidad formada por él y los otros copartícipes que existan.

"En esta virtud y en caso de haberse determinado el predio que realmente se quiere reivindicar, la petición no ha debido hacerse para Barriga Páaz sino para la comunidad expresada, cosa indispensable, porque, en tal caso, al hacerse en la sentencia la declaración de dominio, no podría dictarse a favor de uno solo de los comuneros en su nombre particular."

Lo dicho es suficiente para declararse infundado el cargo que se examina, y para hacer la misma declaración respecto de la acusación de violación del mismo artículo 951 del Código Civil, por no haberlo aplicado el Tribunal al caso del pleito, acusación que el recurrente formula así:

"Reproduce la sentencia los artículos 949 a 952, para deducir que para la acción reivindicatoria en casos como el presente, se necesita que el actor se presente demandando en su condición de dueño la cosa que se pretende reivindicar; que la cosa reivindicable sea singular; que cuando el demandante no sea dueño de la cosa singular, tenga por lo menos una cuota determinada sobre la cual recaiga la reivindicación; pero dejó por fuera el caso que conceden nuestras leyes sustantivas, o sea el derecho a la acción reivindicatoria, aunque no se pruebe dominio; al que ha perdido la posesión regular de la cosa (artículo 949; en relación con el 951 del Código Civil), así que el error del Tribunal estuvo en que no encontrando las condiciones que enumeró y que consideró como únicas para el derecho de reivindicar, no estudió la que ya dije que le quedó por fuera, y si hubiera estudiado ésta, habría encontrado hasta con el remate y la inspección ocular, que el demandante perdió la posesión que tenía.

"En lo sustantivo violó la sentencia el artículo 951 del Código Civil, porque en él se concede el derecho de demandar la reivindicación, aunque no se pruebe el dominio, al que ha perdido la posesión, y el demandante en este caso no es dueño de toda la cosa pero estaba en posesión de ella en el total y la perdió."

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a casar la sentencia dictada en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá el treinta y uno de enero de mil novecientos veintitrés.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI.—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango.—Juan E. Martínez.—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Bucaramanga, Juan B. Villate demandó a la señorita Aminta Villate, mujer soltera, mayor de edad, para que con su audiencia y previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primero. Que queda resuelto el contrato consignado en la escritura pública número doscientos (200), de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Bucaramanga, contrato por el cual transferí a la señorita Aminta Villate, a título de venta, las siguientes fincas: una casa de construcción de tapias, madera y teja, con su correspondiente solar, ubicada en el barrio de El Cordoncillo, del plano de esta ciudad, alinderada como se expresa en la escritura mencionada, y una cuadra de terreno con una mediagua de construcción de tapias, madera y teja, cercada dicha cuadra en contorno con tapias, ubicada en la parte oriental de esta población, demarcada por los linderos mencionados en la misma escritura.

"Segunda. Subsidiariamente, es decir, para el caso de que no proceda la declaración de resolución de que trata el punto anterior, que se declare que queda rescindido, por lesión enorme, el mismo contrato contenido en la citada escritura número doscientos, de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Bucaramanga.

"Tercera. Que debe cancelarse la inscripción o registro de la referida escritura número doscientos, de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Bucaramanga, inscripción que fue hecha en la Oficina de Registro de instrumentos públicos del Circuito de Bucaramanga en la fecha citada, a la partida número noventa y ocho (98), folios ciento diez (110) a ciento once (111) del Libro número 1º, tomo 1º, del mismo año.

"Cuarta. Que la demandada, señorita Aminta Villate, debe restituírme los siguientes bienes: una casa de construcción de tapias, madera y teja, con su correspondiente solar, ubicada en el barrio de El Cordoncillo, del plano de esta ciudad, demarcada así:

'Por el Oriente, con propiedad de herederos de David Puyana F.; por el Occidente, con la calle pública que conduce para Florida, por medio, con propiedad hoy de Carmen Julia Soto; por el Norte, con propiedad de herederos de Eduardo Figueroa, y por el Sur, con propiedad de herederos de Angel María Arciniegas'; y una cuadra de terreno con una mediagua de construcción de tapias, madera y teja, cercada dicha cuadra en contorno con tapias, ubicada en la parte oriental de esta población, y que linda:

'Por el Oriente, con el parque de Los Niños; por el Norte, calle pública por medio, con propiedad de Leoncio Pinilla; por el Occidente, calle pública por medio, con propiedad del mismo Leoncio Pinilla, y por el Sur, pared por medio, con propiedad de los herederos de Agapito Guarín, hoy de Segundo Velasco.'

"Quinta. Que la demandada, señorita Aminta Villate, debe restituírme asimismo los frutos de los bienes relacionados en el punto anterior, desde el día diez y ocho

de febrero de mil novecientos veinticuatro, o sea desde la fecha del contrato de que se trata, hasta el día en que me haga la restitución, caso de que se declare la nulidad del contrato, de conformidad con lo pedido en el punto primero, o desde la fecha de esta demanda hasta el día en que me haga la restitución, caso de que se declare la rescisión por lesión enorme del mismo contrato, de conformidad con lo pedido en el punto segundo, y no sólo los frutos percibidos, sino los que yo mismo hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo los bienes en mi poder, y en caso de no existir esos frutos, a pagarme el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de su percepción.

"Sexta. Que como consecuencia de la resolución del contrato de que trata el punto primero, caso de que se declare, la demandada señorita Aminta Villate debe indemnizarme los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de que trata la escritura número doscientos, de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Bucaramanga, es decir, por falta de pago del precio del referido contrato.

"Séptima. Que la demandada, señorita Aminta Villate, debe pagarme asimismo las costas del juicio que inició por medio de la presente demanda."

Son hechos de la demanda:

"Primero. Por escritura pública número doscientos, de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Bucaramanga, celebré con la señorita Aminta Villate el contrato de compraventa a que se refiere esta demanda.

"Segundo. La señorita Aminta Villate no me ha pagado el precio del contrato de compraventa contenido en la escritura a que se refiere el punto anterior, no obstante constar en ella dicho pago.

"Tercero. El precio del contrato de compraventa, de que trata la citada escritura número doscientos, de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Bucaramanga, fue la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000) en moneda legal de oro, según aparece consignado en la misma escritura. El justo precio de los bienes a que se refiere el mismo contrato, era, el día en que aparece celebrado, superior a la suma de siete mil pesos ($ 7,000) en moneda legal de oro. Por consiguiente, el precio de dos mil pesos que figura en dicha escritura, y que conforme a ésta aparece recibido por mí, era, al tiempo del contrato, inferior a la mitad del justo precio de las cosas vendidas.

"Cuarto. La señorita Aminta Villate está actualmente en posesión de las fincas a que se refiere el contrato contenido en la escritura número doscientos, de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Bucaramanga.

"Quinto. La señorita Aminta Villate me ha causado perjuicios con la falta de pago del precio del contrato contenido en la escritura a que se refiere el punto anterior"

El derecho, causa o razón de esta demanda consiste —dice el demandante—en que el contrato de compraventa de que se trata, es resoluble con indemnización de perjuicios por falta de pago del precio; y en que el mismo contrato es resoluble por lesión enorme, porque el precio estipulado es inferior a la mitad del justo precio de las fincas vendidas al tiempo de la celebración de dicho contrato.

Cita en apoyo de su acción los artículos 961, 964, 1546, 1613, 1614, 1928, 1929, 1930, 1932 1946, 1947, 1948, inciso 2º del Código Civil, y 864 del Código Judicial.

Corrido el traslado de la anterior demanda, el doctor Juan de Dios Orduz D., apoderado de la demandada, lo contestó oponiéndose a que se hiciesen las declaraciones pedidas. En cuanto a los hechos, aceptó totalmente el primero, en parte el tercero y negó todos los demás.

En el mismo escrito de contestación a la demanda, el personero de la demandada propuso como principal la excepción perentoria de pago, y en subsidio, la de compensación.

Posteriormente, en escrito de fecha ocho de julio de mil novecientos veintiséis, el demandante corrigió y enmendó su demanda en los términos siguientes:

"Que tengo derecho, subsidiariamente, al precio en que la demandada señorita Aminta Villate haya vendido cualquiera de las fincas cuya restitución demando, caso de que, por haberla o haberlas vendido, se haya hecho imposible o difícil su restitución o su persecución.

"Fundo mi derecho para hacer esta petición, en la disposición consignada en el artículo 955 del Código Civil.

"Apoyo esta reforma de la damanda en los mismos hechos consignados y enumerados en el libelo de demanda y en el siguiente, que expreso como sexto de la misma:

"Por escritura pública número cuatrocientos cincuenta, de fecha veintinueve de abril del presente año, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, la señorita Aminta Villate transfirió, a título de venta, al señor Agustín Trillos, por la suma de cuatro mil pesos, el derecho de dominio en la siguiente de las fincas a que se refiere la demanda: una cuadra de terreno con una mediagua de construcción de tapias, madera y teja, cercada dicha cuadra en contorno con tapias, ubicada en la parte oriental de esta población, y que linda: por el Oriente, con el parque de **Los Niños**; por el Norte, calle pública por medio, con propiedad de Leoncio Pinilla; por el Occidente, calle pública por medio, con propiedad del mismo Leoncio Pinilla, y por el Sur, pared por medio, con propiedad de los herederos de Agapito Guarín, hoy de Segundo Velasco.

"La escritura a que me refiero, y en la cual fundo esta reforma de la demanda, se encuentra original en el protocolo de la Notaría 1ª de este Circuito, en donde fue otorgada."

Esta adición y corrección a la demanda fue contestada por el apoderado de la demandada, así:

"Oportunamente manifiesto al señor Juez que me opongo rotundamente a la nueva pretensión del demandado; pues no es posible que por la justicia pueda disponerse que el precio en que mi poderdante haya vendido cualquiera de las fincas de cuya restitución se trata, corresponde al actor, o que éste puede tener algún derecho a ese precio, sencillamente por no ser dueño de lo vendido, y caso de que ese precio, que él recibió, lo retenga o se deniegue a entregárselo a mi representada, dueña exclusiva de él; que se decida favorablemente a ésta la excepción perentoria de pago, o en subsidio, la de compensación, propuesta al dar contestación a la demanda. Por tanto, le niego al demandante el derecho que en el par

ticular pretende tener, y para dar contestación a los hechos fundamentales que de su primitiva demanda reproduce, reproduzco yo, a mi turno, la contestación dada a esos hechos, con fecha cinco de los corrientes; y en cuanto al nuevo hecho aducido, aun cuando es verdad lo que se expresa en la escritura a que allí se alude, no es cierto que el precio de esa compraventa pueda en manera alguna corresponder al demandante, a no ser de la manera indicada en las excepciones perentorias a que acabo de referirme."

Con la contestación a la demanda que antecede, presentó por escrito separado, el mismo apoderado de la demandada, demanda de reconvención contra el señor Juan B. Villate, para que se declare que corresponde exclusivamente a la señorita Aminta Villate, en propiedad o dominio, el siguiente inmueble:

"Una casa de construcción de tapias, madera y teja, con su correspondiente solar, ubicada en el barrio de El Cordoncillo, del plano de esta ciudad, demarcada así:

'Por el Oriente, con propiedad de herederos de David Puyana F.; por el Occidente, con la calle pública que conduce para Florida, por medio, con propiedad hoy de Carmen Julia Soto; por el Norte, con propiedad de herederos de Eduardo Figueroa, y por el Sur, con propiedad de herederos de Angel María Arciniegas.'

"Igualmente demando al mismo señor Villate para que por sentencia pronunciada por usted, y como recurso subsidiario, esto es, en el solo evento de que no fueren resueltas en favor de mi representada las excepciones perentorias propuestas al contestarse la demanda que ha dado margen a la presente reconvención, se le condene y obligue a pagarle o entregarle a mi poderdante, dentro de breve plazo señalado al efecto, la cantidad de cuatro mil pesos ($ 4,000) moneda legal de oro, valor del inmueble de propiedad de mi poderdante, vendida por ésta al señor Agustín Trillos, al tenor de la escritura número cuatrocientos cincuenta, del veintinueve de abril último, del protocolo primero de este Circuito, y determinado en esta escritura por su situación y linderos, y los intereses legales de tal cantidad, desde la fecha de esta escritura en adelante, hasta el día del pago o entrega, valor que el demandado recibió, como hermano de mi poderdante, sin que se lo haya entregado a ésta.

"También demando por el valor de los productos correspondientes de los indicados inmuebles, en concepto de arrendamientos percibidos por el demandado, desde el diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro hasta el día de la entrega, en lo referente al primeramente determinado por su ubicación y linderos, y en cuanto al expresado en segundo lugar, hasta el veintinueve de abril último, valor que oportunamente habrá de ser determinado, y por los perjuicios correspondientes, en todo caso, lo mismo que por el valor de las costas procesales, todo lo cual espero sea condenado a pagar el demandado a mi poderdante."

Hechos de la demanda:

"1º Por escritura pública número doscientos, de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro, del protocolo primero de este Circuito, y debidamente registrada, se declaró resuelto y verdaderamente el contrato de compraventa determinado en dicha escritura.

"2º En virtud de ese contrato escriturado a que se acaba de hacer alusión, mi poderdante adquirió el dominio y posesión inscrita de los bienes determinados por su ubicación y linderos en la escritura citada en el punto anterior.

"3º Desde la celebración del aludido contrato de compraventa, el demandado posee u ocupa de hecho los bienes compravendidos, por haberle usurpado o detentado la posesión material a mi poderdante, con motivo de habérselos dejado ésta para que se los administrara por su cuenta; ocupación que sólo se contrae, por lo que hace al inmueble determinado en la escritura número cuatrocientos cincuenta, del veintinueve de abril último y de la Notaría 1ª de este Circuito, hasta la fecha de esta escritura.

"4º El demandado ha percibido, desde la celebración del referido contrato de compraventa, y en virtud de lo expresado en el punto próximo anterior, los productos de los bienes compravendidos, o sea el valor de sus arrendamientos, disponiendo de ellos, sin entregárselos, por tanto, ni darle cuenta alguna a mi poderdante.

"5º Los cuatro mil pesos, moneda legal de oro, valor del precio de la compraventa de que trata la escritura número cuatrocientos cincuenta, del veintinueve de abril último y de la Notaría 1ª de este Circuito, por la cual mi poderdante le vendió al señor Agustín Trillos el inmueble de que allí se trata, los recibió o cogió el demandado, sin que se los haya entregado a mi representada.

"6º Por todo lo expuesto, el demandado señor Juan B. Villate le ha causado perjuicios a mi poderdante, los que necesariamente tiene que pagarle, lo mismo que las costas procesales."

Como fundamentos de derecho se citan los artículos 946, 947, 948, 950, 952, 961, 964, 1494, 1500, 1502 1527, 1602, 1603, 1613, 1614, 1714 a 1723 del Código Civil y sus concordantes.

Corrido el traslado de la contrademanda al demandante, éste lo contestó por medio de apoderado. El personero del actor se opuso a las pretensiones de la contrademandada, y en cuanto a los hechos, acepta con algunas reservas los dos primeros y niega los cuaro restantes.

Como excepciones perentorias propone el mismo apoderado de Juan B. Villate las siguientes: petición antes de tiempo o de un modo indebido; ser condicional la obligación que se demanda y no estar cumplida la obligación; y la de transacción o arreglo privado entre el acreedor y el deudor.

Tanto la demanda principal como la de reconvención, fueron tramitadas bajo una misma cuerda, y decididas por la sentencia de fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos veintisiete del Juzgado del Circuito de Bucaramanga, sentencia que a la letra dice:

"En mérito de lo expuesto, el Juzgado..... resuelve:

"1º No ha lugar a hacer las declaraciones pedidas en el punto primero de la demanda de fecha diez y siete de abril del año próximo pasado, propuesta por Juan B. Villate, y en el punto único del escrito de corrección y enmienda de la misma demanda, fechado el ocho de julio del mismo año; tampoco es el caso de hacer las declaraciones a que se refieren los puntos tercero, cuarto, quinto y sexto del primitivo libelo, por ser consecuenciales de la primera.

"2º En cuanto a la acción rescisoria, por causa de lesión enorme, intentada por el mismo Juan B. Villate contra la nombrada Aminta, en el expresado libelo, declárase probada la excepción perentoria de transacción.

"3º De consiguiente, absuélvese a la demandada Aminta Villate de todos los cargos formulados en la referida demanda; y

"4º En cuanto a la demanda de reconvención propuesta por Aminta Villate contra Juan B. Villate, en escrito de fecha cinco de julio del año citado, se absuelve al demandado de todos los cargos formulados en dicha demanda.

"Cancélese el registro de la demanda, para la cual se librarán el correspondiente despacho al señor Registrador de instrumentos públicos de este Circuito.

"No hay lugar a condenación en costas."

Ambas partes apelaron de esta sentencia, y llegados los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, éste, después de tramitar en legal forma la segunda instancia, pronunció la sentencia que le correspondía, con fecha trece de febrero de mil novecientos veintinueve.

El fallo del Tribunal confirma le sentencia de primer grado, menos en lo que se refiere al punto 2º, que revoca, declarando en su lugar no probada la excepción perentoria de transacción.

Contra este fallo ocurre en casación el apoderado de Juan B. Villate. El recurso es admisible, por reunir las condiciones que la ley exige, y la Corte procede a decidirlo, mediante las consideraciones que van en seguida:

Dos alegatos de casación se han presentado oportunamente en este negocio: uno ante el Tribunal y otro ante esta Superioridad. En el último solamente se invoca la causal primera; en el otro, la primera y la segunda.

El fundamento de esta causal lo expone así el recurrente:

"Conforme al libelo de fecha ocho de julio de mil novecientos veintiséis, el señor Juan B. Villate corrigió y enmendó la demanda, para que se declarara que el demandante tenía derecho, subsidiariamente, al precio en que la demandada señorita Aminta Villate hubiera vendido cualquiera de las fincas cuya restitución demandó, caso de que, por haberla o haberlas vendido, se hubiera hecho imposible o difícil su restitución.

"El Tribunal nada resolvió sobre este punto, debiendo hacerlo; pues si consideró que no era el caso de decretar la rescisión del contrato por haber vendido la demandada una de las fincas **antes de la contestación** de la demanda, era precisamente el caso de reconocer al demandante el exceso del precio hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte, como lo dispone el artículo 1951 del Código Civil, en consonancia con el artículo 955 del mismo texto, en cuanto a la finca vendida. No habiéndolo hecho, la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante, por haberse dejado de resolver sobre algunos de los puntos que han sido objeto de la controversia."

Acerca de este punto, el Tribunal se expresó así en la parte motiva de su sentencia:

"El demandante Villate corrigió la demanda para pedir que en subsidio se declare que tiene derecho al precio en que la demandada señorita Aminta Villate haya vendido cualquiera de las fincas cuya restitución demanda, caso de que por haberla o haberlas vendido, se haya hecho imposible o difícil su restitución o su persecución; y se funda en el artículo 955 del Código Civil. Pero tampoco tiene derecho a ese precio, precisamente porque el mismo demandante, después de iniciada la acción, fue el que solicitó y obtuvo permiso para que se registrara la escritura de venta, de suerte que no hay demostración de que la enajenación que hizo la señorita Aminta Villate tuviera por causa el temor del juicio de dominio, ni de que vendiera con el fin de que el pleito contra el nuevo poseedor se hiciera imposible o fuera más difícil, sino que comparece la prueba de que se llevó a cabo con mutuo consentimiento del demandante, de la demandada y del comprador Trillos. Por tanto, no tiene Villate la acción subsidiaria que apoya en el artículo 955 del Código Civil."

En la parte resolutiva se absolvió a la demandada de todos los cargos formulados contra ella, y basta decir esto para dejar demostrado que es improcedente la acusación por segunda causal; pues repetidas veces ha dicho la Corte que la sentencia absolutoria no puede acusársele de no estar en consonancia con las pretensiones aducidas en el libelo de demanda; pues un fallo absolutorio en que se rechazan las acciones del demandante, resuelve todas las cuestiones controvertidas, y no puede decirse que es incongruente. Ahora, en caso de ser reconocida la acción principal, la de resolución del contrato de compraventa por no pago del precio, habría lugar a condenar al pago de perjuicios, pero no a hacer la declaración de que aquí se trata, solicitada por el demandante con apoyo en el artículo 955 del Código Civil, cuya cita es en este caso impertinente.

En vista de esto no se puede sostener que hay fallo incongruente, por haberse dejado de decidir la acción subsidiaria.

Causal primera.

En ambos memoriales de casación se acusa la sentencia del Tribunal por haber incurrido el sentenciador en error de hecho evidente en los autos, al afirmar que de la confesión hecha por la señorita Aminta Villate "no aparece señalado con precisión el contrato a que quiso ella referirse, ni claramente determinada la cantidad o precio debido."

Tiene razón el recurrente en el cargo de que se acaba de hablar. En la escritura número doscientos, de diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro, otorgada en Bucaramanga, aparece que Juan B. Villate vendió a Aminta Villate, por dos mil pesos en moneda legal, dos fincas, cuya situación y linderos constan en tal escritura.

El testigo Agustín Trillos declaró en primera instancia así:

".... si me consta, por haberlo visto y presenciado, que el día veintinueve de abril del presente año, en que se otorgó en la Notaría 1ª de este Circuito la escritura número cuatrocientos cincuenta, por la cual la señorita Aminta Villate me vendió una cuadra de terreno, con una mediagua en construcción, de tapias, madera y teja, cercada dicha cuadra en contorno con tapias, ubicada en la parte oriental de esta población, y alinderada como se expresa en la referida escritura; la indicada señorita Aminta Villate suscribió dicha escritura espontáneamente, sin que hubiera mediado coacción, ni amenazas, ni injurias de parte de su hermano Juan B. Villate, ni de ninguna otra persona, para obligarla a firmar tal escritura; y me consta asimismo que la misma señorita Aminta Villate declaró aquel día, en la misma Notaría, en la conversación que tuvo mientras permaneció allí, que hacía esa escritura en virtud de arreglo que había celebrado con su hermano Juan B. Villate, en atención a

que ella no le había pagado el precio del contrato de compraventa celebrado con éste, conforme al cual, ella era dueña de la finca que iba a venderme ese día; y sí es verdad que la misma señorita Aminta Villate manifestó también que quedaba comprometida a otorgar al señor Juan B. Villate o a la persona que éste le indicara, la escritura de venta de la otra finca que el mismo señor Villate le había vendido, o sea una casa de tapias, madera y tejas, con su correspondiente solar, ubicada en el barrio de **El Cordoncillo**, del plano de esta ciudad, y que, en vista de esta manifestación, el indicado señor Villate ofreció darle espontáneamente a la señorita Aminta la suma de ochocientos pesos, cuando firmara esa otra escritura." (Cuaderno de pruebas del demandante, folio 13 vuelto).

El testigo Roberto Clavijo declaró enteramente de acuerdo con Trillos. (Cuaderno citado, folio 14 vuelto).

En segunda instancia declararon ambos testigos lo siguiente:

".... es verdad y me consta, por haberlo oído y presenciado, que las declaraciones que hizo la señorita Aminta Villate, en la Notaría 1ª de este Circuito, el día veintinueve de abril del año de mil novecientos veintiséis, y a las cuales me referí en la declaración que se me ha leído (la que rindió el testigo en primera instancia), fueron hechas por la señorita Aminta Villate en presencia del señor Juan B. Villate."

Como se ve, la demandada confesó, en presencia del demandante, que no le había pagado a éste el precio del contrato de compraventa celebrado con él mismo, conforme al cual ella era dueña de la finca que iba a vender ese día a uno de los testigos.

La finca vendida al testigo era una de las compradas por la demandada al demandante, como consta de las escrituras que figuran en autos; y las palabras: no he pagado el precio del contrato de compraventa celebrado con mi hermano, conforme al cual soy dueña de la finca que voy a vender hoy, no pueden referirse a ningún otro contrato distinto del que consta en la escritura número doscientos de que se habló atrás.

El Tribunal dice que no aparece señalado con precisión el contrato a que la demandada quiso referirse; pero si no hay sino un solo contrato de compraventa, mediante el cual la demandada compró a su hermano las dos fincas, de las cuales una iba a vender a Trillos el día de la declaración, mal puede confundirse tal contrato con ningún otro.

Echa menos el Tribunal en la confesión de la señorita Villate, la circunstancia de que ésta no dijo que el precio que debía por las fincas compradas a su hermano era la cantidad de dos mil pesos; pero aparte de que esto está probado con la escritura de venta, hay que advertir que el presente juicio no versa sobre pago de tal precio, sino sobre algo muy distinto: sobre la resolución del contrato de compraventa por el no pago del precio de la cosa vendida, cualquiera que éste sea.

Ahora bien: confesar la demandada que no pagó el precio, y confesar que el demandante tiene derecho, por tal causa, a la resolución del contrato, es todo una misma cosa.

Lo debido en el caso de la litis no es, pues, el precio; la obligación que pesa sobre la demandada es la de convenir en que se resuelva el contrato por la falta de pago del precio; y confesando que éste no se pagó, se confiesa la acción a que tiene derecho el demandante, y la obligación correlativa a esa acción que pesa sobre la demandada.

Están reunidas, pues, las circunstancias que exige el artículo 562 en la confesión extrajudicial, a saber: confesión de lo debido en presencia de la parte contraria, con expresión de la cosa debida y de la razón o causa por la cual se debe. La declaración de la señorita Villate está por lo demás probada con dos testigos contestes.

El recurrente señala como violado, por los errores en que incurrió el Tribunal y que se acaban de examinar, el artículo 562 del Código Judicial; y como evidentemente está quebrantada esta disposición, porque la confesión de la señorita Villate reúne las condiciones que indica el artículo, cosa que niega el Tribunal, la Corte casa, por este quebrantamiento, la sentencia recurrida, y procede a dictar la de instancia, para lo cual se considera:

Además de la confesión de que se ha hecho mérito, existen otras pruebas, y la reunión de todas ellas no deja duda de que la demandada no pagó el precio de la venta cuya resolución se pide.

Los mismos tetigos ya nombrados dan fe de que entre demandante y demandada se pactó una transacción que tenía por causa el no haberse pagado el precio de las fincas vendidas a esta señorita. Tal transacción, como se ha visto, consistía en que por la falta del pago del precio mencionado, la demandada hacía escritura de una de las fincas compradas al testigo Trillos, y se comprometía a otorgar escritura de la otra finca al vendedor o a la persona que éste indicara. Villate, en cambio, regalaba a su hermana ochocientos pesos.

Este arreglo se comenzó a cumplir otorgando la demandada a Trillos escritura de una de las fincas compradas a su hermano, instrumento que figura en autos, que lleva el número cuatrocientos cincuenta, y que fue otorgado ante el Notario 1º de Bucaramanga, el veintidós de abril de mil novecientos veintiséis (cuaderno de pruebas del demandante en primera instancia, folio 16); pero no se llevó a efecto tal arreglo en todas sus partes, porque la demandada, aun cuando mandó extender también la escritura de venta de la otra finca a Trillos, no quiso, al fin, firmarla.

En autos figura igualmente copia de esta escritura (cuaderno citado, folio 19); en ella se encuentra esta constancia, puesta por el Notario en su carácter de tal:

"La anterior escritura no se firmó por desistimiento de la otorgante Villate."

El mismo Notario declaró como testigo (cuaderno citado, folio 12 vuelto) que el día en que se firmó la escritura de venta otorgada por Aminta Villate a Trillos, estuvieron en su Oficina éste, la otorgante con una hermana, Roberto Clavijo, el demandante, Gilberto Sarmiento Barrera y Juan J. Orbegozo; que la señorita Villate firmó espontáneamente la escritura, sin que hubiera mediado coacción o amenazas de parte de nadie; que es verdad que antes de firmarla se desarrolló una escena penosa, de carácter íntimo, entre Villate y sus hermanas, en la cual las expresiones más duras salieron de labios de la demandada; que de esa discusión dedujo el testigo que don Juan no tenía obligación ninguna pecuniaria para con sus hermanas; que para poner fin a la discusión, la señorita Aminta convino espontáneamente en firmar la escritura, y don Juan se comprometió a entregarle, a título de liberalidad, la cantidad de ochocientos pesos el día en que se firmara la escritura de la otra finca, compromiso que respaldaban con su palabra

y con su crédito comercial don Agustín Trillos y don Roberto Clavijo.

En la escritura de venta número cuatrocientos cincuenta, otorgada por la demandada a Trillos, compareció también el señor Juan B. Villate y dijo:

"Que transfiere también al señor Agustín Trillos, a título de venta, todo derecho de dominio o propiedad y posesión y cualesquiera otros derechos que el exponente tenga o pueda tener vinculados por cualquier título en la finca antes descrita, y que responde también del saneamiento de la venta a que se refiere este instrumento, en los casos de la ley, mancomunada y solidariamente, con la señorita Aminta Villate."

Esta declaración, dados los antecedentes hasta aquí narrados, no tiene más explicación que la de que vendedora y comprador consideraban al demandante como verdadero dueño de la finca vendida.

La demandada negó en posiciones haber manifestado a varias personas que no pagó a su hermano el precio de los inmuebles que le compró (cuaderno citado, folio 13); pero que hizo esta manifestación es un hecho comprobado, como ya se vio.

La demandada dijo en posiciones (cuaderno citado, folio 4), que otorgó la escritura de venta a Agustín Trillos, obligada por su hermano, a causa de los insultos que le prodigó en presencia del Notario y de otras personas, y para evitar que siguiera insultándola, lo cual equivale a confesar que la referida venta no la hizo como dueña absoluta de la cosa vendida, ni tenía por causa el hecho de recibir de Trillos el precio de tal cosa.

La demandada negó en posiciones haber mandado a extender la segunda escritura de venta a Trillos, pero otra cosa se deduce de las pruebas analizadas.

Ha sostenido la demandada que el precio de cuatro mil pesos que debía pagar a Trillos por la venta de una de las fincas referidas, lo entregó el comprador al demandante; que éste ha continuado con la tenencia de las fincas vendidas; y que unas hipotecas, con las cuales gravó la señorita Villate las fincas compradas, fueron pagadas por su hermano, pues aun cuando ella figuraba como deudora, el dinero que se consiguió con las hipotecas fue para su hermano.

Todos estos hechos permiten concluír que la demandada no se consideraba como dueña de las fincas compradas, por no haber pagado el precio de ellas, y acaso por no tener con qué pagarlo, como asegura alguno de los testigos interrogados en este juicio.

La demandada dijo en posiciones que el día en que su hermano le propuso que le comprara las fincas de que trata esta litis, ya le tenía ella dado al vendedor la mitad del precio de tales fincas. No es inverosímil que en el momento en que le proponen a uno venderle una finca, ya haya pagado la mitad del precio de la cosa vendida.

El apoderado de la demandada le preguntó al testigo Trillos para que dijera si el señor Juan B. Villate había prestado la debida atención a la confesión de su hermana de que no había pagado el precio de los inmuebles comprados, a lo cual contestó el testigo:

"No recuerdo nada sobre el particular."

Estima el mencionado apoderado que esta respuesta desvirtúa la declaración del testigo. No lo estima así la Corte, porque la circunstancia de que el demandante prestara o no prestara atención a la confesión mencionada, no destruye el hecho de que ésta se hiciera en presencia de él, que es lo que exige la ley.

El mismo apoderado dice que los testigos Trillos y Clavijo están colocados en los casos de los ordinales 7º y 8º del artículo 599 del Código Judicial, según los cuales,

"No puede ser testigo por falta de imparcialidad:

. . . . . .

"7º El que vendió una cosa, en pleito sobre la misma cosa y en favor del comprador; y

"8º El compañero, condueño o comunero, en pleito sobre la cosa o negocio común"; y que, como según consta de autos, uno de los inmuebles de que trata esta controversia fue vendido al declarante señor Agustín Trillos, quien a continuación se los transfirió también en venta al declarante señor Clavijo, antes de que uno y otro rindieran su declaración, todo comentario en el particular se hace innecesario, desde luégo que ambos, aun desprevenidamente si se quiere, no dejan de favorecerse recíprocamente con sus declaraciones, escudándose asimismo mutuamente, puesto que una decisión adversa a las pretensiones del actor, necesariamente tiene que serles funesta.

La Corte observa a esto que Trillos no vendió, sino que compró, a demandante y demandada, una de las fincas sobre que versa este juicio; que el testigo no es condueño o comunero del demandante ni de nadie en la finca que compró; que no está acreditada la venta de Trillos a Clavijo; y que aun cuando este contrato se hubiera celebrado, él no coloca a los testigos dentro de los numerales 7º y 8º del artículo 599 del Código Judicial.

En atención a lo expuesto hasta aquí, habrá de decretarse la resolución pedida.

La demandada negó el hecho de estar en posesión material de las fincas que compró, y aun propuso la excepción dilatoria de inepta demanda de que habla el artículo 280 del Código Judicial, a la cual no se le dio curso; pero es el caso que el demandante no probó tal hecho, como era su deber, y, por el contrario, la demandada probó con declaraciones de varios testigos, entre los cuales figuran la señora Dolores García de Cadena y Enriqueta García B. (cuaderno de pruebas de primera instancia, folios 6 a 9), que el demandante, a pesar de la venta, continuó con la tenencia de la cosa vendida y recogiendo para él sus productos.

En vista de esto hay que absolver a la demandada de la petición de restitución de los inmuebles vendidos y de la petición de restitución de frutos; pero como bien pudiera suceder que a pesar de lo que aparece en este juicio, la demandada recibiera una de las fincas compradas, la que no se vendió a Trillos, como sería inaudito decretar la resolución de la venta de un inmueble por falta de pago, y que a pesar de eso la demandada no estuviera obligada a restituír el inmueble que compró, habrá de dejarse a salvo cualquier derecho del demandante para el caso de que pruebe que la demandada retiene una finca que es de propiedad de aquél.

La condenación a perjuicios solicitada, sí hay que hacerla en abstracto, pues todo contrato no cumplido da lugar a indemnización de perjuicios por el incumplimiento.

La petición sobre cancelación de la inscripción o registro de la escritura de venta a la demandada de los inmuebles mencionados, no hay para qué hacerla, pues tal registro queda cancelado con el registro de la presente sentencia.

Prosperando la acción principal de resolución por falta de pago, no es el caso de entrar a considerar la acción subsidiaria de rescisión por lesión enorme.

Lo resuelto por el Tribunal en lo referente a la demanda de reconvención, debe quedar en firme, puesto que la demandante en reconvención no interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. Por lo demás, tal demanda no podría prosperar sino en el caso de que se declarara que la venta hecha a la señorita Villate no era resoluble.

Desde el momento en que se declara la resolución de tal venta, por el no pago del precio de los inmuebles vendidos, es porque se rechaza la excepción de pago propuesta.

La excepción de compensación no se ha demostrado en forma alguna.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla este juicio así:

1° Se casa parcialmente la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha trece de febrero de mil novecientos veintinueve.

2° No están probadas las excepciones perentorias propuestas.

3° Se declara resuelto el contrato de compraventa celebrado entre Juan B. Villate como vendedor y Aminta Villate como compradora, contrato que consta en la escritura número doscientos, de diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro, otorgada ante el Notario 1° del Circuito de Bucaramanga, por medio del cual el demandante transfirió a la demandada, a título de venta, las siguientes fincas:

a) Una casa de construcción de tapias, madera y teja, con su correspondiente solar, ubicada en el barrio de **El Cordoncillo**, del plano de la ciudad de Bucaramanga, demarcada así: por el Oriente, con propiedad de herederos de David Puyana F.; por el Occidente, con la calle pública que conduce para **Florida**, por medio, con propiedad de Carmen Julia Soto; por el Norte, con propiedad de herederos de Eduardo Figueroa, y por el Sur, con propiedad de herederos de Angel María Arciniegas; y

b) Una cuadra de terreno con una mediagua de construcción de tapias, madera y teja, cercada dicha cuadra en contorno con tapias, ubicada en la parte oriental de la ciudad de Bucaramanga, y que linda: por el Oriente, con el parque de **Los Niños**; por el Norte, calle pública por medio, con propiedad de Leoncio Pinilla; por el Occidente, calle pública por medio, con propiedad del mismo Leoncio Pinilla, y por el Sur, pared por medio, con propiedad de los herederos de Agapito Guarín, hoy de Segundo Velasco.

4° Na ha lugar a declarar que queda rescindido, por lesión enorme, el contrato de que se acaba de hablar.

5° No es el caso de ordenar la cancelación del registro de la referida escritura número doscientos, de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 1° del Circuito de Bucaramanga.

6° No ha lugar a decretar que la demandada debe restituír al demandante los bienes enumerados en el numeral 3° de esta parte resolutiva.

7° Se absuelve a la demandada de los cargos formulados contra ella en el numeral 5° de la parte petitoria de la demanda principal.

8° Se condena a la demandada Aminta Villate a pagarle al demandante los perjuicios ocasionados por la infracción del contrato, los que se estimarán en juicio separado.

9° De las declaraciones de la sentencia del Tribunal, permanecen vigentes las que se refieren a la demanda de reconvención, o sea:

a) Que queda absuelto el demandado en reconvención de todos los cargos formulados contra él; y

b) Que no hay costas en la segunda instancia ni en la primera.

10. Queda en los anteriores términos reformada la sentencia de primera instancia.

Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.— Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

En escrito fechado el seis de junio de mil novecientos veintiuno, y dirigido al Juez único del Circuito del Carmen (Departamento de Bolívar), dijo el señor Francisco Hernández Núñez:

"Hablando como apoderado especial de los señores Ana Manuela Laguna Cohén y Julio Carazo Laguna, también de este vecindario, a usted atentamente expongo:

"1° En el año de mil ochocientos sesenta y tres el Gobierno del extinguido Estado Soberano de Bolívar adjudicó al señor Federico Laguna tres caballerías de tierras baldías, en los terrenos denominados **Joján**, jurisdicción de este Distrito; adjudicación que se le hizo como a cultivador de buena fe que era el adjudicatario.

"2° A virtud de petición hecha por éste, el entonces Juez de la Provincia del Carmen, por auto de diez y siete de junio de mil ochocientos sesenta y cuatro, ordenó se le diera posesión de las expresadas caballerías de terreno del entonces Gobernador y Secretario de la referida Provincia, diligencia que se llevó a efecto el veinticinco de junio del año citado, en presencia de las personas expresadas y de cuatro testigos, señores Juan E. Salcedo, Ezequiel Terán, Carlos Hormechea y Emilio Batista.

"3° Los linderos de las tres caballerías de terreno son: desde el cerro de **Las Mellizas** o **Encillo de Luis Castillo**, situado al Este, siguiendo de este lugar hacia el Sur, sobre el cerro denominado **La Pita**; del cerro de **Las Mellizas**, siguiendo hacia el punto Norte, y bajando por todo el camino del cerro denominado **El Balaústre**, hasta llegar a las colindancias del mismo inmueble con el **Retiro de Lázaro**; de aquí, siguiendo todo el camino de **La Cañada**, hacia la loma denominada **Revellín**; y de este lugar en línea recta, hasta llegar al cerro del **Letrero**; y de aquí, siguiendo aguas abajo, el arroyo de **Joján**, hasta la posesión denominada **Finca de Lorenzo Sena**; de este lugar, en línea recta, a la cañada de **La Salvia**, y de este lugar hasta llegar al arroyo de **Jojancito**, y de este lugar al cerro denominado **La Pita**, el cual limita con el cerro denominado **Las Mellizas**.

"4º Muerto el señor Federico Laguna, entraron en posesión del bien aquí relacionado, sus hijos Felipe y Emilia Laguna, y continuaron ocupándolo, sin haber hecho las diligencias judiciales consiguientes, a efecto de liquidar la mortuoria de aquél; en este estado les sorprendió la muerte, habiendo dejado como herederos a Ana Manuela Laguna Cohén y al señor Julio Carazo Laguna.

"5º Estos señores, por medio de apoderado, y como nietos de Federico Laguna, pidieron al encargado de ese Despacho la declaración de herederos a su favor, lo que así se hizo por sentencias de diez y seis de abril y veinticinco de junio de mil novecientos veinte. Practicados los inventarios, se procedió a la partición de los bienes relictos, así como a su adjudicación, por medio de partidor, el que les adjudicó a cada uno la mitad de las caballerías mencionadas, partición aprobada por el señor Juez del Circuito del Carmen, en sentencia de veinte de octubre de mil novecientos veinte.

"6º Aprobada así la partición, ordenó el mismo empleado se procediera a la protocolización de dicho juicio mortuorio, y se expidiera a cada uno de los herederos la hijuela correspondiente. Tal protocolización se llevó a efecto ante la Notaría de este Circuito, bajo el número 264, de veintidós de octubre del citado año, habiéndoseles entregado a cada uno la hijuela ordenada.

"7º Antes de que se liquidara el juicio mortuorio de Federico Laguna, el señor Senén A. Blanco vendió a José Martín Carazo una finca que linda por el Norte y el Sur con la montaña; por el Este, con linderos del retiro llamado **Lázaro**, y por el Oeste, con linderos del retiro llamado **Lorenzo Sena**, por escritura pública número doscientos cincuenta y tres, de diez y ocho de mayo de mil novecientos tres, otorgada en la Notaría entonces única de la ciudad de Cartagena; tierras que adquirió, según él, por compra hecha a Luis Benedetti y al señor Federico Laguna.

"8º A su vez, el señor José Martín Carazo, por escritura número cuatrocientos veintisiete, de veintiuno de julio de mil novecientos cinco, la finca de cacao, café, caucho y plátanos que compró al señor Blanco, constante de tres caballerías de extensión, ubicada en este Municipio, conocida con el nombre de **Joján o Miguel Laguna**, la permutó por una casa de madera, barro y techo de cinc, en la plaza de San Onofre, y una finca de ocho fanegadas de terreno, de pasto, denominada **La Peñita**, bienes que pertenecían al señor Sebastián Banquez.

"9º Ultimamente el señor Banquez murió, y sus herederos cedieron todos sus derechos al señor Manuel María González Blanco, derechos constituídos sobre las tierras de **Joján**; y dicho señor González Blanco; una vez ordenada la formación del inventario y avalúo de los bienes de Federico Laguna, trató de oponerse a la inclusión en dicho inventario de las tierras de **Joján**, lo que no consiguió, habiéndose, en consecuencia, adjudicado a Ana Manuela Laguna Cohén y a Julio Carazo Laguna, las tres caballerías de tierras tántas veces mencionada.

"Como se ve, de esta exposición de hechos resulta que el señor Manuel María González Blanco se considera con algún derecho de dominio sobre el terreno de **Joján**, y como a mis representados interesa que no exista incertidumbre ninguna sobre la plena propiedad que han adquirido en dicho terreno, hablando a nombre de ellos, que son mayores de edad y vecinos de esta ciudad, entablo demanda contra el expresado señor Manuel María González Blanco, vecino de San Onofre, y mayor de edad, para que con su audiencia se decida en sentencia definitiva, previa la tramitación del juicio ordinario, lo siguiente:

"Primero. Que los terrenos de **Joján**, ubicados en jurisdicción de este Municipio, e individualizados por los linderos que se especifican en el punto tercero de esta demanda, pertenecen en pleno dominio a los señores Ana Manuela Cohén y Julio Carazo Laguna, por habérseles adjudicado en la cuenta de partición de la herencia del señor Federico Laguna, que fue aprobada por sentencia de veinte de octubre del año de mil novecientos veinte.

"Segundo. Que el señor Manuel María González Blanco nunca ha poseído ni legal ni materialmente el terreno de **Joján**, ni siquiera en parte, ni tampoco lo han poseído en ningún tiempo las personas de quienes él cree derivar sus derechos.

"Tercero. Que el señor Manuuel María González Blanco no ha adquirido derecho alguno de dominio sobre el terreno de **Joján**, adjudicado en legal forma a mis representados."

Como fundamentos de derecho citó el demandante los artículos 669, 765 y demás concordantes del Código Civil.

El demandado contestó, por medio de apoderado, negándole su asentimiento a los hechos 1º a 5º, y a la segunda parte del 9º, aceptó los demás, y terminó así:

"En virtud de lo expuesto, y atendiendo a las peticiones de los demandantes, niego los hechos que han presentado los demandantes, en los puntos en que lo he efectuado, y niego el derecho en que se apoyan los demandantes. Pido, en consecuencia, que el señor Juez declare:

"Primero. Que la partición de la herencia del señor Federico Laguna, por estar viciada en cuanto al procedimiento para llevarla a cabo, y por haberla efectuado sobre bienes que el Tribunal ordenó separar del inventario, no ha transmitido a los demandantes Julio Carazo Laguna y Ana Manuela Laguna Cohén el dominio de los terrenos que la partición señala, en cuanto afecta el terreno que le pertenece a mi mandante.

"Segundo. Que el señor Manuel María González Blanco ha adquirido y conserva el dominio de la posesión de las tierras de **Joján**, y según los títulos traslaticios en que ese dominio consta, y según la comprobación de la posesión material del suelo; y

"Tercero. Que los demandantes paguen las costas del juicio."

El Juzgado, en sentencia de cinco de junio de mil novecientos veintitrés, comenzó dando por sentado que "versa la presente demanda sobre la reivindicación de tres caballerías de terreno, ubicadas en los nombrados **Joján**," y concluyó así.

"Por las razones expuestas, este Juzgado, único del Circuito, bajo la fórmula administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, absuelve al demandado señor Manuel María González Blanco de los cargos de la demanda, y como consecuencia declara:

"1º La parte actora no tiene derecho a ejercitar la acción reivindicatoria propuesta contra el señor Manuel María González Blanco, porque no ha probado el dominio que tiene el señor Federico Laguna, o sus herederos, sobre el bien que se quiere reivindicar.

"2º Niégase el segundo punto de la parte petitoria de la demanda, y en consecuencia se declara que el señor Manuel María González Blanco tiene sobre las tierras de

Joján el derecho de posesión regular que le ha reconocido el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en sentencia de veintinueve de abril de mil novecientos veintiuno; y

"3º Que de conformidad con lo resuelto en el punto anterior, niégase asímismo el punto tercero de la parte petitoria de la demanda, y hácese igual declaración hecha en el punto anterior, declarando que el señor Manuel María González Blanco citado, tiene en los terrenos de **Joján,** tántas veces mencionado, derecho de dominio sobre ellos."

Apeló el demandante, y el Tribunal Superior de Cartagena, el trece de abril de mil novecientos veintiséis, profirió la sentencia de segunda instancia, que termina así:

"Este Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla la presente causa así:

"**a)** No es el caso de hacer la declaración de dominio que demandan los señores Julio Carazo Laguna y Ana Manuela Laguna Cohén.

"**b)** En consecuencia, absuélvese al demandado Manuel María González Blanco de los cargos que le fueron formulados en la demanda.

"**c)** No es el caso de hacer declaración del derecho de dominio en favor del demandado.

"Queda en estos términos reformada la sentencia apelada."

Contra esa sentencia interpusieron el recurso de casación el apoderado de los demandantes y el de los señores Delfín Peñalosa M. y P. Erasmo Yepes, a quienes el Tribunal admitió como coadyuvantes a ambos apoderados; en un mismo escrito dijeron:

".... Interponemos recurso de casación contra dicha sentencia, y lo fundamos en la causal 1ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, por estimar, como estimamos, que aquélla es violatoria de la ley sustantiva.

"El abogado que represente en Bogotá a nuestros poderdantes, establecerá ante la Corte la respectiva demanda de casación; pero nos anticipamos a manifestar que, al rechazar el Tribunal la acción petitoria intentada por el mandatario del primero de los recurrentes, ha violado el inciso 2º del artículo 762 del Código Civil, dejándolo de aplicar, y ha cometido un evidente error de derecho al no conceder mérito probatorio a la copia expedida por el señor José E. Moré, como Secretario del Juzgado de la Provincia del Carmen de Bolívar, de fecha diez y siete de diciembre de mil ochocientos setenta y dos, y a la prueba testimonial que suministran las declaraciones de Alejandro Batista, Encarnación Torres, Benito Tobías y Manuel Hernández."

La Corte admite el recurso y procede a fallarlo, mediante las siguientes consideraciones:

Ninguna de las partes hizo uso del traslado que a cada una les fue concedido por esta Superioridad para los efectos expresados en los artículos 151 y 152 de la Ley 40 de 1907. Y por tanto, el único motivo de casación que sustenta este recurso es el que adujeron los recurrentes al fundar el recurso ante el Tribunal, es a saber: que el Tribunal, al rechazar la acción petitoria intentada por los demandantes, violó el inciso 2º del artículo 762 del Código Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito, y cometió evidente error de derecho por no haberle concedido mérito probatorio a la copia expedida por José E. Moré, Secretario del Juzgado de la Provincia del Carmen de Bolívar, y a la prueba testimonial que suministran las declaraciones de Alejandro Batista, Encarnación Torres, Benito Tobías y Manuel Hernández.

Los conceptos del Tribunal que motivan este cargo están contenidos en los siguientes párrafos de la sentencia recurrida, en que después de declarar que no se trata de una acción reivindicatoria, como lo entendió el Juzgado, sino de una acción petitoria, se expresa así:

Esto sentado, es indispensable, en el presente caso, entrar a estudiar el dominio que pudiera tener Federico Laguna en los terrenos materia de esta litis, ya que de allí parece emanar el dominio que demandan los actores.

"En este punto no existe otro documento que la copia otorgada por el señor Notario 2º del Circuito Notarial de Cartagena, de la copia protocolizada en dicha Notaría, a petición del señor Francisco Hernández Núñez, el treinta de noviembre de mil novecientos veinte, copia expedida según el decir de los interesados, por el señor José E. Moré, como Secretario del Juzgado de la Provincia del Carmen de Bolívar, y en la cual se constata las diligencias de entrega de posesión de los terrenos **Joján,** a favor del señor Federico Laguna, en el año de mil ochocientos sesenta y cuatro.

"Como es fácil comprenderlo, tal documento no es título suficiente para demostrar el **dominio** o propiedad que dicen los actores tuvo el causante Federico Laguna en los terrenos **Joján.** Porque si es cierto que tal escritura obró en los autos desde la presentación de la demanda, y no fue redargüida de falsa por la contraparte, tal circunstancia apenas da al referido documento el carácter de auténtico, haciendo, en consecuencia, plena prueba acerca de su contenido (artículos 679 y 681 del Código Judicial). Pero, como es obvio, la escritura número ochocientos cincuenta y tres a que se ha hecho referencia, no puede comprobar más de lo que en ella se expresa.

"La aludida escritura comprueba, pues, que al señor Federico Laguna se le dio la posesión de tres caballerías de tierra en los terrenos denominados **Joján.**"

Para la debida apreciación del cargo que se examina, conviene insertar aquí el texto de la diligencia contenida en la copia a que se refiere el Tribunal en los párrafos que preceden, que es el siguiente:

"En la Provincia del Carmen, Estado Soberano de Bolívar, a veinticinco días del mes de junio del año de mil ochocientos sesenta y cuatro, estando presentes en el punto nombrado **Joján,** de esta jurisdicción, que encierra tres caballerías de tierra de propiedad del señor Federico Laguna, por adjudicación que le hizo el Gobierno de los Estados Unidos de Colombia, el cinco de febrero del año pasado, mil ochocientos sesenta y tres, estando presentes, como se ha dicho, el señor Federico Laguna y los testigos Juan E. Salcedo, Ezequiel Terán, Carlos Hormechea, Emilio Batista, los suscritos Juez y Secretario y el señor Gobernador de esta Provincia y su Secretario, señores doctor Valentín Pareja y R. C. Martínez, se procedió a darle la posesión legal y debida de dichas tierras a dicho señor Laguna, en el nombre del Gobierno Soberano del Estado, para que ésta le sea valedera en todo tiempo, y le acredite la propiedad del terreno en cuestión, y teniendo en cuenta los siguientes linderos: partiendo del cerro de **El Letrero** al Occidente, buscando el Mediodía en línea recta, colindando con terrenos de Lorenzo Sena, hasta llegar al arroyo de **Jojancito;** sigue aguas arriba, hasta

el arroyo de **Juan Lorenzo**, y de este arroyo, aguas arriba, hacia el Mediodía, y en línea recta hasta llegar al nacimiento de la cañada de **La Salvia**. De este punto hacia el Oriente, y en línea recta, pasando por el cerro de **La Pita**, hasta el punto donde se hallan dos árboles de bongo, nombrados **Las Mellizas**. De este punto, en línea recta y hacia el Norte, baja el arroyo de **Lázaro**, y de este arroyo recto al punto donde se empezó.

"No habiendo más qué hacer, se termina esta diligencia, que se firma por todos los presentes.

"José E. Moré—J. Laguna—Valentín Pareja—R. C. Martínez—Juan E. Salcedo—Carlos Hormechea—Emilio Batista—Ezequiel Terán—Eduardo Arroyo—Secretario.

"Es fiel copia que reposa en los libros de esta Oficina, que expido y entrego a partes interesadas señor Federico Laguna.

"Carmen, diciembre 17 de 1872.

"El Secretario del Juzgado de la Provincia,

"José E. Moré"

La Corte observa:

1º Que no es exacto que el Tribunal no le concediera mérito probatorio a la copia expedida por el señor José E. Moré, como Secretario del Juzgado de la Provincia del Carmen de Bolívar, puesto que se reconoció que ese documento tiene el carácter de auténtico, y que, en consecuencia, hace plena fe acerca de su contenido.

2º Lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 762 del Código Civil, invocado por el recurrente, es una facilitación de prueba otorgada al propietario; pues siendo la posesión la más ostensible demostración del dominio, establece la ley la presunción de que quien se halla en ese estado de hecho llamado posesión, tiene el derecho de poseer, esto es, el de considerarse propietario, mientras otro no justifique serlo. Pero cuando la posesión material se ha perdido, como en el presente caso, no puede invocarse una posesión anterior, contra el poseedor actual, como presunción de dominio para reivindicar o para obtener contra el poseedor una declaración de propiedad.

Por estas razones, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve: no hay lugar a infirmar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, el trece de abril de mil novecientos veintiséis, en el juicio civil ordinario promovido en el Juzgado del Circuito del Carmen de Bolívar, por Ana Manuela Laguna Cohén y Julio Carazo Laguna contra Manuel María González Blanco.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, doce de agosto de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

El doctor Carlos Gamboa, como apoderado de Simón Casasbuenas, demandó ante el Juez del Circuito de Guaduas a Ignacio Guerrero, Hernando Cifuentes, marido de Consolación Murillo; Antonio y Jesús Murillo, todos como representantes de la sucesión de Eugenio Murillo y Eduvina Tobar, para que, por sentencia definitiva, se excluyese de los inventarios de bienes de los causantes la porción de terreno denominada **El Chuntaral**, que correspondió a Felipe, Juan, Domingo, Pacífico, Isabel y Aurelia Melo, en la escritura de división extrajudicial del terreno de **El Chuntaral**, otorgada en la Notaría de La Palma, el once de noviembre de mil ochocientos setenta y cuatro. Determinó los linderos de ese lote, y afirmó que estaba incluído en el terreno que con el nombre de **La Hoya**, se inventarió en la sucesión de los señores Eugenio Murillo y Eduvina Tobar.

Fundó esta demanda en el artículo 1271 del Código Judicial, en relación con los títulos del Código Civil, que tratan de la tradición, del dominio y de la posesión. Cuanto a los hechos, hizo una relación de los títulos en que apoya su derecho de propiedad, y en el duodécimo dijo:

"12º La porción del terreno denominado **Chuntaral**, que en la división de que he hecho mérito, se adjudicó a Felipe, Juan, Domingo, Pacífico, Isabel y Aurelia Melo, en parte está incluída o comprendida dentro del terreno inventariado con el nombre de **La Hoya**, en el juicio de sucesión de Eugenio Murillo y Eduvina Tobar."

Contestaron los demandados la demanda, oponiendo las excepciones de falta de acción del demandante, prescripción ordinaria de diez años y prescripción extraordinaria.

El Juez del conocimiento echó menos la prueba del hecho duodécimo, esto es, que dentro de los linderos del terreno inventariado de **La Hoya**, estuviese comprendido el lote del **Chuntaral**, objeto de la exclusión, y dictó sentencia absolutoria.

El Tribunal de Bogotá confirmó la sentencia del inferior.

Contra la del Tribunal, el apoderado de Casasbuenas interpuso recurso de casación, que la Corte admite, por estar ajustado a los ordenamientos de la ley, y procede a decidir, previo el estudio de la demanda respectiva.

Alega el recurrente las causales de casación primera y segunda. Respecto de esta última sostiene que el Tribunal dejó de fallar sobre los puntos esenciales de la controversia, porque para absolver se basó únicamente en que no se identificó lo demandado.

La Corte observa que si el sentenciador no halló demostrado que el terreno objeto de la demanda de exclusión estuviera incluído en los inventarios, le bastaba esa circunstancia para fundar la sentencia de fondo, porque es esencial en una controversia sobre inclusión indebida de bienes, que éstos figuren en los inventarios.

En lo tocante a la primera causal, estima el recurrente que los títulos allegados al juicio por el actor acreditan su derecho de dominio sobre el terreno objeto de la exclusión; de modo que por no haberla decretado el Tribunal, violó los artículos 669 y 756 del Código Civil, lo mismo que los artículos 762, 763, 764, 765, 768, 769, 778, 781, 785 y 789 del mismo Código, aplicables al caso del pleito, una vez que el demandante demostró su posesión regular, adquirida con justo título y buena fe.

Pero a esto se responde que el Tribunal se fundó para absolver a los demandados, lo mismo que el Juez, en que no había traído el actor al juicio la prueba de que el lote

que es materia de la demanda de exclusión, estuviera incluído en los inventarios de la sucesión de Eugenio Murillo y Eduvina Tobar. El Tribunal no ha desconocido, pues, el dominio que pueda tener el demandante en el lote aludido; ya que, como se ha dicho, uno de los fundamentos de la sentencia fue la falta de prueba sobre la inclusión del lote en los inventarios, y por lo mismo, no procede lo alegado por el autor del recurso.

Este considera también que la inclusión de parte de **El Chuntaral** en los inventarios de **La Hoya**, sí está comprobado con la misma prueba que dio la parte demandada. En la contestación de la demanda, los que la contestaron determinaron el lote inventariado, y en las pruebas de los mismos demandados se encuentran varias declaraciones que relacionan dicho lote por linderos definidos, así como también los linderos de **La Hoya**. De suerte que la parte demandada ha dado la prueba que la sentencia echó menos, y el Tribunal, por este aspecto, incurrió en error de derecho por la mala interpretación que le dio a los artículos 946 y siguientes del Código Civil, y en error de hecho en cuanto a la apreciación equivocada de las pruebas referidas, quebrantando con ello los artículos 669, 762 y 789 del Código citado.

Aquí el recurrente sí hace un reparo, encaminado a combatir uno de los fundamentos de la sentencia; pero nada dice respecto del otro, que por sí solo, basta para sostenerla.

En efecto, el Tribunal, después de sostener como motivo de su fallo el que no se halla demostrado que el lote de **El Chuntaral** esté comprendido dentro del terreno de **La Hoya**, que fue el inventariado en la sucesión de Eugenio Murillo y Eduvina Tobar, expuso lo siguiente:

"Mas existe otra cuestión que constituye un nuevo fundamento para absolver a la parte demandada, y es éste:

"En el libelo de demanda se lee lo siguiente:

'El señor Casasbuenas demanda como representante de la sociedad conyugal, sin liquidar, de Domingo Melo y María Venegas, en su condición de cesionario de los derechos hereditarios de Ismael Melo y Benjamín Melo. Tal Sociedad es condueña en **El Chuntaral**, en la porción adjudicada a los Melos nombrados.'"

La demanda se presentó en dos de diciembre de mil novecientos veinte, y fue admitida el día tres de los mismos mes y año.

Al folio 19 del cuaderno de pruebas del actor aparece la protocolización del juicio de sucesión de Domingo Melo y la adjudicación hecha a María Venegas, lo cual ocurrió en treinta y uno de diciembre de mil ochocientos ochenta y tres, y según consta de la escritura pública número 300, de la Notaría de La Palma, otorgada en la fecha que se acaba de mencionar. De modo que estando liquidada la sociedad conyugal Melo-Venegas, muchos años antes de haberse presentado la demanda que ha dado origen a esta litis, mal pudo el actor hablar ni demandar en nombre de ella, de donde se deduce la falta de la personería sustantiva en el demandante, y lo cual impone la negativa a los diversos capítulos petitorios de su demanda."

Ahora bien: este fundamento que por sí solo sirve para sostener la parte resolutiva de la sentencia, no ha sido combatido en casación, de manera que aunque el otro pudiera ser erróneo, a la Corte no le sería dado infirmar el fallo acusado.

Constante ha sido la jurisprudencia de la Corte en el sentido indicado. En sentencia de catorce de mayo de mil novecientos diez y ocho, tomo 26, página 306, dijo esta Superioridad:

"Aun cuando sean fundados alguno o algunos de los motivos alegados por el recurrente en casación para infirmar la sentencia del Tribunal, ella no es casable, si se apoya en otra u otras razones no combatidas por el recurrente."

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal de Bogotá, el doce de mayo de mil novecientos veintiocho, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto trece de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Esta Corte, en sentencia de nueve de marzo de mil novecientos veintinueve, infirmó por la causal segunda el fallo del Tribunal de Buga, aprobatorio de la partición de bienes, verificada en el juicio de sucesión de Lucas Sandoval.

Devueltos los autos al Tribunal para que dictara una decisión completa, ese Cuerpo, en acatamiento a lo ordenado, profirió la sentencia respectiva el siete de noviembre del año expresado.

Contra ella interpuso recurso de casación la parte interesada, pero no lo fundó ni ante el Tribunal ni oportunamente ante la Corte; pues el escrito presentado con tal objeto en esta Superioridad, fue recibido el diez y ocho de febrero de este año, esto es, antes de ordenarse el traslado al recurrente, el cual se hizo por auto de cuatro de marzo siguiente.

Al escrito de casación se acompañan copias de varias escrituras y declaraciones de testigos, para acreditar las objeciones a la partición sobre que versa el litigio, pero en casación es bien sabido que no pueden admitirse pruebas.

Ahora bien: conforme a una jurisprudencia constante de la Corte, el recurso no se ha fundado en tiempo hábil; son numerosas las sentencias en que tal cosa se ha resuelto, y para el caso, basta citar la de diez y nueve de agosto de mil novecientos veintidós, en que dijo la Corte:

"Sólo es tiempo hábil para fundar el recurso de casación ante el Tribunal, el de quince días, de que trata el artículo 150 de la Ley 40 de 1907 (artículo 28 de la 81 de 1910), y ante la Corte, el de treinta días, señalado en el artículo 151 de la citada Ley 40 de 1907, que es término perentorio. Si el memorial en que se funda el recurso no se ha introducido en ninguno de los expresados términos, debe declararse desierto el recurso."

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de que se ha hecho mención, interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Buga, pronunciada en el juicio de sucesión de Lucas Sandoval, la cual, por lo mismo, queda ejecutoriada.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

El señor Hernando Gómez Tanco, en su propio nombre y en el de su poderdante Nicolás Gómez S., reclamó oportunamente del auto de veintitrés de enero de mil novecientos veintinueve, por el cual esta Superioridad admitió, sin perjuicio de terceros, el desistimiento hecho por Carlos Dávila, como liquidador de la Compañía Nacional de Electricidad, del juicio promovido por esa entidad contra la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá; y para resolver esa reclamación, la Corte procede a hacer un examen detallado del asunto.

El siete de diciembre de mil novecientos veintidós se otorgó en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá la escritura número 2164, por la cual Hernando Gómez T. y Nicolás Gómez S. vendieron a la Compañía Nacional de Electricidad una faja de terreno a la orilla del río Bogotá, de cinco metros de ancho, y comprendida entre la compuerta del **Alicachín** y el frente de la salida de las aguas de las turbinas de la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá; una zona de terreno de ancho suficiente, arriba de la compuerta del **Alicachín,** para abrir una acequia con capacidad suficiente para conducir un volumen de agua de ocho metros cúbicos por segundo, y a una distancia conveniente del **Alicachín,** en donde puede tomarse el agua para la mencionada acequia; y una área de terreno en la planada que queda frente al **Charquito,** con una cabida de seis mil metros cuadrados, que tenga treinta metros de frente al río Bogotá, por doscientos metros de fondo.

Posteriormente, el dos de febrero de mil novecientos veintitrés, los mismos otorgantes de la escritura número 2164 que viene citada, otorgaron en la Notaría 4ª del mismo Circuito, la número 134, en la cual dijeron que José D. Dávila, en nombre y representación de la Compañía Nacional de Electricidad, y Nicolás Gómez S. y Hernando Gómez Tanco, en su propio nombre, "han convenido en celebrar el contrato contenido en las cláusulas siguientes:

"Primera. De acuerdo con la escritura pública de compraventa número dos mil ciento sesenta y cuatro (2164), otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, por los mismos que suscriben este convenio, declaran que Gómez S. y Gómez Tanco tendrán la posesión y el usufructo de los predios que venden a la Compañía Nacional de Electricidad, mencionados en dicha escritura, mientras la Compañía no tenga necesidad de servirse de ellos para los trabajos que piensa establecer en estos sitios.

"Segunda. Si la Compañía vendiere o arrendare a otra persona o entidad los terrenos que adquirió por medio de la escritura número dos mil ciento sesenta y cuatro (2164), con fecha siete (7) de diciembre de mil novecientos veintidós (1922), otorgada en la Notaría 2ª, tendrá una multa de cincuenta mil pesos ($ 50,000) como indemnización de daños y perjuicios, que pagará a Gómez S. y Gómez Tanco o a sus sucesores, en moneda corriente y de contado."

Ya desmembrado así a favor de Gómez Tanco y Gómez S. el derecho de propiedad que de éstos adquirió la Compañía Nacional de Electricidad, sobre los predios a que se refiere la estipulación contenida en la cláusula primera de la escritura últimamente citada, esa Compañía, haciendo valer los derechos que le resultan de la escritura número 2164 arriba mencionada, en escrito de demanda, fechado el quince de junio de mil novecientos veintitrés, que fue repartido al Juzgado 4º del Circuito de Bogotá, dijo lo siguiente:

"En virtud de esta compraventa, la Compañía Nacional de Electricidad vino a ser riberana del río Bogotá (margen derecha), así: en el trayecto comprendido entre el sitio denominado **El Alicachín,** en donde existe una compuerta, y el frente de la salida actual de las aguas de las turbinas de la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá; en la planada que queda frente al predio denominado **El Charquito,** en una extensión de treinta (30) metros; en un corto trayecto, en fin, destinado a la apertura de una acequia, arriba de la compuerta de **El Alicachín.** Junto con los predios comprados a los señores Gómez S. y Gómez Tanco, la Compañía Nacional de Electricidad adquirió, por ministerio de la ley (véase artículo 894, Código Civil), el derecho indiscutible de hacer uso de la mitad del caudal de agua del río Bogotá en los trayectos antes mencionados. Colindante oriental, río Bogotá de por medio, de los señores Gómez S. y Gómez Tanco, hoy de la Compañía Nacional de Electricidad, es la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá, sociedad anónima, domiciliada en esta ciudad, en su calidad de dueña del predio denominado **El Charquito,** en jurisdicción del Municipio de Soacha, en que está situada la hacienda de **Canoas.** La Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá ha utilizado para objetos industriales, desde hace varios años, la mitad, aproximadamente, del caudal de aguas del río Bogotá, en la sección o trayecto de dicho río, comprendida entre la compuerta de **El Alicachín** y una bocatoma que la misma Compañía tiene establecida en un punto intermedio entre **El Alicachín** y la salida de las aguas de las turbinas de una planta eléctrica de su propiedad, sita en **El Charquito.** La Compañía Nacional de Electricidad entiende también hacer uso, ahora, de la mitad de las aguas del propio río Bogotá, a que tiene derecho en las secciones o trayectos en que le es riberano. Es posible que la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá pretenda oponerse judicialmente a las realizaciones de la Compañía Nacional de Electricidad, cuando ésta inicie o concluya los trabajos que tiene proyectados para la utilización de las aguas del río Bogotá. Mas, como por exigencias de orden comercial y técnico, estos trabajos no habrán de comenzar inmediatamente; y como, por otra parte, la demora en la aclaración y definición de los derechos irrestrictos de la Compañía Nacional de Electricidad podía traerle graves perjuicios, es el caso de que la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá concurra de una vez ante el Poder Judicial a hacer valer las pre-

tensiones que crea legítimas, o a abonar para el futuro a la Compañía Nacional de Electricidad las acciones y excepciones de ésta, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 275 del Código Judicial.

"En virtud de lo expuesto—continúa—yo, José D. Dávila, varón, mayor de edad y vecino de este Municipio, en mi carácter de Gerente Apoderado de la Compañía Nacional de Electricidad, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, constituída por escritura pública número 1287, otorgada el veintinueve de abril de mil novecientos veinte en la Notaría 1ª de este Circuito, demando a la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá, también sociedad anónima, domiciliada en Bogotá, constituída por escritura pública número 562, otorgada el dos de abril de mil novecientos cuatro, representada por sus apoderados señores Joaquín Samper y Tomás Samper, mayores y de esta vecindad, para que con citación de la parte contraria, en sentencia definitiva y previos los trámites de un juicio civil ordinario, se hagan por usted las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Compañía Nacional de Electricidad tiene derecho de hacer uso, para dar movimiento a máquinas que tenga establecidas o que establezca en lo futuro en predios de su propiedad, y para cualesquiera otros menesteres industriales o agrícolas, de la mitad del caudal de aguas del río Bogotá, en las siguientes partes o secciones de dicho río, en las cuales la Compañía Nacional de Electricidad le es riberana, y cuya ubicación y extensión precisas se habrán determinado en inspección ocular practicada en el curso de este juicio:

"1º En el trayecto comprendido entre el sitio denominado **El Alicachín**, en donde existe una compuerta, y el frente de la salida actual de las aguas de las turbinas de la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá.

"2º En una extensión de treinta (30) metros, en la planada que queda frente al predio denominado **El Charquito**; y

"3º En el trayecto destinado a la apertura de una acequia, arriba de la compuerta de **El Alicachín**, según los términos de la escritura pública número 2164, otorgada el siete de diciembre de mil novecientos veintidós, en la Notaría 2ª de Bogotá, de venta que hizo Nicolás Gómez S. y otro a la Compañía Nacional de Electricidad.

"Segunda. Que la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá no tiene derecho de represar ni de hacer uso de más de la mitad del caudal de aguas del río Bogotá en la parte o sección de dicho río comprendida entre la compuerta de **El Alicachín** y la bocatoma de la planta eléctrica de **El Charquito**, parte o sección en que la citada Compañía es riberana del propio río Bogotá, y cuya ubicación y extensión precisas se habrán determinado en la inspección ocular practicada en el curso de este juicio.

"Tercera. Que la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá no tiene derecho de hacer uso de parte alguna de las aguas del río Bogotá en las secciones o partes de dicho río, situadas al norte de la compuerta de **El Alicachín** y al sur de la bocatoma de la planta eléctrica de **El Charquito**, en que no es riberana.

"Cuarta. Que desde la notificación de esta demanda, y por cuanto se refiere a los derechos de la Compañía Nacional de Electricidad, que habrán sido reconocidos en la primera declaración, queda interrumpida toda declaración en que la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá pretendiere fundar el derecho de hacer uso de las aguas del río Bogotá en condiciones distintas de las generales (véase artículo 894 del Código Civil), reconocidas por la ley a todos los riberanos de aguas de uso público, que no nacen y terminan dentro de una misma heredad.

"Quinta. Que la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá está obligada a instaurar inmediatamente las acciones judiciales que crea tener para impedir a la Compañía Nacional de Electricidad el uso de la mitad de las aguas del río Bogotá, en la forma y modo que habrán quedado expresados en la primera declaración, o abonar desde ahora a la misma Compañía su pleno derecho de hacer uso de tales aguas, en la forma y modo indicados; todo según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 275 del Código Judicial; y

"Sexta. En subsidio de la declaración quinta anterior, que se declare por usted que la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá está obligada a instaurar inmediatamente las acciones judiciales que crea tener para impedir a la Compañía Nacional de Electricidad el uso de la mitad de las aguas del río Bogotá, en la forma y modo que habrán quedado expresados en la primera declaración, o a renunciar desde ahora a alegar la prescripción adquisitiva del derecho sobre las aguas que corresponden a la Compañía Nacional de Electricidad, como riberana del río Bogotá; todo según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 275 del Código Judicial."

Tramitado el juicio en primera instancia, terminó con la sentencia de veintitrés de julio de mil novecientos veinticuatro, que entre otras declaraciones favorables a la parte actora, dice:

"3º Declárase interrumpida civilmente la prescripción adquisitiva del uso de todas las aguas del río Bogotá que venía corriendo a favor de la Empresa demandada, pero únicamente en cuanto se refiere a la demandante, esto es, en la parte en que ésta es riberana."

Esa sentencia, apelada por la parte demandada, fue confirmada por la del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veinte de junio de mil novecientos veinticinco, contra la cual interpuso recurso de casación la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá, y estando ya el recurso para ser fallado por esta Superioridad, Carlos Dávila, en su carácter de liquidador y en representación de la Compañía Nacional de Electricidad, con especial autorización de ésta, en memorial presentado en la Secretaría de la Corte el trece de diciembre de mil novecientos veintisiete, dijo a esta entidad: "en nombre de la Compañía Nacional de Electricidad, en liquidación, desisto incondicionalmente del expresado pleito o juicio ordinario y de la demanda que dio lugar a él"; y adelante agrega:

"Os pido respetuosamente que os sirváis admitir este desistimiento para que las cosas queden repuestas al estado que tenían antes de ser interpuesta la demanda, en conformidad con lo prescrito en el artículo 817 del Código Judicial."

Antes de eso, en escrito de once de octubre de mil novecientos veintisiete, firmado por Hernando Gómez Tanco y el apoderado de Nicolás Gómez S., y al cual acompañó la escritura número 134, de dos de febrero de mil novecientos veintitrés, dijeron éstos:

"Ahora bien: el suscrito Gómez Tanco y el señor Nicolás Gómez S. son en la actualidad usufructuarios de los bienes raíces que habían enajenado en favor de la Compañía Nacional de Electricidad, por la escritura citada;

toda vez que así lo convinieron con la nombrada Compañía, por medio del instrumento público número 134, de dos de febrero de mil novecientos veintitrés, pasada ante el mismo Notario 4º de Bogotá, que en copia registrada nos permitimos acompañar a este escrito.

"Como las acciones y derechos que la Compañía Nacional de Electricidad ha ejercitado en este juicio como propietaria, favorecen al suscrito Gómez T. y al señor Nicolás Gómez S. en su condición de **usufructuarios**, según el título que adjuntamos, venimos por medio de este escrito a pediros, y al efecto os pedimos, que por medio de la resolución judicial que sea procedente, reconozcáis a **Hernando Gómez Tanco y Nicolás Gómez S.**, como partes en este juicio, en su condición de causahabientes de la Compañía demandante."

El Magistrado sustanciador resolvió la anterior solicitud así:

"De acuerdo con lo que se pide y con lo que resulta de los documentos adjuntos, citados en el presente memorial, téngase a los señores Hernando Gómez Tanco y Nicolás Gómez S. como parte en el juicio a que este escrito se refiere."

Con este motivo, el doctor Tomás Brigard, apoderado de Nicolás Gómez S., sobre la base sentada por él de que éste y Hernando Gómez Tanco adquirieron por la precitada escritura número 134, el usufructo de las aguas a que este negocio se refiere, en escrito de veintiocho de febrero de mil novecientos veintiocho, dijo:

"Siendo ello así, y tratando precisamente este juicio del uso de aguas, es obvio, indiscutible, que la Corte no puede admitir un desistimiento de la acción que se pretende verificar con menoscabo clarísimo de los derechos de los usufructuarios, señores Gómez S. y Gómez T., ya amparados en el litigio con el reconocimiento de su calidad de causahabientes de la Compañía demandante y de parte de él.

"Bastan las razones expuestas para pediros, como en efecto lo hago, neguéis de plano la admisión del desistimiento que formula el señor Carlos Dávila."

Ese memorial fue reforzado por el de once de junio del mismo año, en el cual, a las razones aducidas agregan la falta de personería del representante de la Compañía demandante o de esta misma Compañía, para desistir del pleito:

"Aquí Dávila no representa a la parte demandante —dice—desde que ésta no la constituye la Compañía Nacional de Electricidad, sino que está formada por los señores Nicolás y Hernando Gómez, quienes no le han conferido a aquél su personal representación, y quienes, por el contrario, no sólo no desisten de la acción de que son dueños, sino que desean perseverar en el pleito y llevarlo hasta su último extremo y supremas consecuencias."

La Corte, estimando infundadas las razones en que se apoyan los señores Gómez S. y Gómez Tanco, para oponerse a que se admitiera el desistimiento de que se trata, admitió éste, sin perjuicio de terceros. De ese auto, como queda dicho, reclamaron los expresados opositores en la debida oportunidad, ampliando el razonamiento que adujeron en sus dos escritos, de veintiocho de febrero y once de junio, de que se ha hecho mérito, y presentando a la consideración de la Corte algunos problemas que a ella no le incumbe resolver en esta oportunidad, ni puede anticipar conceptos sobre esas cuestiones que, como lo insinúan los mismos reclamantes, bien pueden ser materia de posteriores litigios.

Concretándonos, pues, a lo pertinente del caso que se contempla, la Corte observa:

Como resulta de la narración de los hechos que precede, la Compañía Nacional de Electricidad concedió a los reclamantes Gómez Tanco y Gómez S. el usufructo de los predios de que se trata, el dos de febrero de mil novecientos veintitrés, y la expresada Compañía promovió el pleito de que ahora desiste, el quince de junio del mismo año, sin que de esa fecha para acá haya hecho a favor de aquellos señores ninguna cesión o traspaso de los derechos y acciones que ella tenía cuando propuso su demanda. Así, pues, como los reclamantes no intervinieron en esa demanda, ni el señor José D. Dávila la propuso a nombre de ellos ni en representación de los derechos que a ellos les habían sido cedidos con anterioridad a ese acto, sino en su carácter de Gerente y apoderado de la mencionada Compañía, en ejercicio de los derechos y acciones que íntegramente conserva ésta en la actualidad, es totalmente inexplicable aquel pasaje del escrito de once de junio de mil novecientos veintiocho, en que dicen los referidos reclamantes, impugnando el desistimiento hecho por el señor Dávila, de que éste "no representa a la parte demandante, desde que ésta—dicen ellos—no la constituye la Compañía Nacional de Electricidad, sino que está formada por los señores Nicolás y Hernando Gómez, quienes no le han conferido a aquél su personal representación." Así como tampoco es explicable este otro concepto, consignado en su escrito de reclamación:

"¿Quién es hoy jurídicamente el titular o dueño de la acción ordinaria que aquí se propuso? Pues sin duda alguna los señores Gómez. La Compañía Nacional de Electricidad no es hoy parte actora; pues no se explica cómo puede coexistir en el juicio el causante y el causahabiente."

Ya se ha visto que los reclamantes no son demandantes en este juicio. Cuando ellos comparecieron ante la Corte, en esta última etapa de la litis, ya estaba ejecutoriada para la parte actora la sentencia definitiva de segunda instancia, con la cual se conformó dicha parte, que no hizo uso del derecho de interponer el recurso de casación, y apenas asumió aquí el papel de opositora. Ella no es recurrente. Así, pues, al presentarse los reclamantes pidiendo que se les tenga como parte, en atención a que las acciones y los derechos que la Compañía demandante ha ejercitado como propietaria, los favorece a ellos como usufructuarios, el hecho de haberlos admitido, puede tener otro efecto que el de que pudieran exponer lo que tuvieran a bien, coadyuvando la oposición al recurso, cosa que ya se dijo y que no necesita más demostración, ante el estado actual del negocio y la situación de las partes. Las cuestiones que puedan suscitarse entre los reclamantes contra la Compañía demandante por los perjuicios que aquéllos puedan ocasionarles, en su condición de usufructuarios, la renuncia que hace ésta de los derechos y acciones que había ejercitado, en su condición de propietaria, no son pertinentes al caso que se decide.

Ahora, en lo referente a la admisión del desistimiento del pleito, la Corte insiste en creerse con jurisdicción para ello, por las razones expuestas en auto de veintitrés de enero de mil novecientos veintinueve, y en tal virtud,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a revocar ni a reformar el auto reclamado.

Notifíquese y cópiese.

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

Aunque estoy conforme con la parte resolutiva del auto que precede, debo dejar constancia de que ello obedece no sólo a razones de mero procedimiento, sino también a las que paso a exponer, como fundamento de mi voto:

1º La Compañía demandante—como lo anota la Sala—promovió el juicio de que se trata después de haber concedido a los actuales reclamantes el derecho de usufructo en los predios de que trata la escritura número 134, que éstos hacen valer, y, por consiguiente, lo promovió, ejercitando su derecho de nuda propietaria, en la misma situación jurídica en que se halla al hacer el desistimiento, sin intervención de los señores Hernando y Nicolás Gómez, y sin obrar a nombre o representación de ellos.

2º No es exacto que por medio de la escritura pública número 134, de dos de febrero de mil novecientos veintitrés, adquirieran los reclamantes el usufructo de las aguas a que este asunto se refiere: lo que allí se les concede, precariamente, es el usufructo de los mencionados predios, "mientras la Compañía no tenga necesidad de servirse de ellos para los trabajos que piensa establecer en estos sitios," trabajos que están detallados en las cláusulas de la escritura número 2164, arriba transcritas, de las cuales claramente se deduce que entre las obligaciones de los usufructuarios, de conservar la forma y sustancia de dichos predios, está la de no hacer en ellos aquellos trabajos para toma y servicio de aguas, acequias y demás que la Compañía propietaria se ha reservado.

3º Verdad es que, como lo establece el artículo 842 del Código Civil, "el usufructuario de una heredad goza de todas las servidumbres activas constituídas a favor de ella" (en cuanto ese goce no le esté limitado expresa o tácitamente por el acto constitutivo del usufructo); pero ese derecho o esa facultad no habilita al usufructuario para impedirle al propietario de la heredad que en ejercicio del **jus abutendi**, haga renuncia de la servidumbre o desista de las acciones que haya intentado para interrumpir civilmente la prescripción de ella que hubiere estado corriendo: el nudo propietario puede ejecutar a su arbitrio cualquiera de esos actos, sin que pueda impedírselo el usufructuario, quedando a salvo las acciones personales que de ello pueda deducir éste contra aquél.

Cualquiera puede adquirir y perder, por prescripción, el derecho de usufructo, pero las servidumbres a favor del predio fructuario se adquieren y se pierden por prescripción en cabeza del nudo propietario, no en la del usufructuario, que apenas recibe reflejamente el provecho o el perjuicio consiguiente.

4º El usufructuario es causahabiente del propietario únicamente en lo relativo al derecho de usufructo, más no en cuanto a la nuda propiedad ni en lo referente a los otros atributos que integran el dominio. Así, pues, como en el caso que se contempla, el usufructuario puede coadyuvar, como parte interesada, la acción intentada por el propietario para interrumpir la prescripción, puede también ejecutar actos interruptivos de la misma en su calidad de poseedor a nombre del propietario; pero no puede oponerse a que éste renuncie a todo esto, desistiendo del pleito o absteniéndose de alegar aquellos actos contra el que pretende usucapir.

5º El reconocimiento que se hizo de la personería de los señores Gómez Tanco y Gómez S. en este asunto, de acuerdo con el documento presentado por ellos, que los acredita como usufructuarios de los predios a que se refiere la servidumbre de aguas materia de la litis, no puede tener un efecto que salga de los límites de su propio derecho; y que como en el usufructuario no radica el derecho de servidumbre constituído a favor del predio fructuario, a él no le corresponde ninguna de las acciones que de ese derecho se derivan, y, por consiguiente, ningún derecho tiene a oponerse al desistimiento que haga el propietario del predio de las acciones que haya iniciado para interrumpir la prescripción de la servidumbre o la del dominio mismo.

Bogotá, agosto diez y nueve de mil novecientos treinta.

Germán B. Jiménez—Nannetti—Arango—Martínez. Méndez—Tafur A—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Juan N. Méndez.

Tres cuestiones de derecho relativas a desistimiento de un juicio hecho por el actor, se resuelven por la Corte en su fallo de veintitrés de enero de mil novecientos veintinueve, respecto del cual han solicitado revocación los interesados H. Gómez Tanco y Nicolás Gómez S., la cual ha negado esta Superioridad:

1º Que la Corte de Casación, estando tramitándose un recurso de esta especie, es competente para decretar el desistimiento de todo el juicio.

2º Que por virtud de este desistimiento queda insubsistente **ipso-jure** el recurso de casación interpuesto, no por el actor que desiste del pleito, sino por su contrincante el demandado; y

3º Que un tercero que, a virtud de título propio, independiente del aducido por el actor, es reconocido como parte en el juicio, durante el recurso de casación, no es tál, sino un mero coadyuvante del actor, a cuya acción está vinculado, de tal suerte que si éste desiste del juicio, ese tercero pierde su carácter de opositor en el recurso intentado por la contraparte del actor desistente.

Aunque firmé la providencia en que tales postulados quedaron consignados, sin haberles prestado la atención debida, por razón de la deferencia que suele ser frecuente entre colegas, la solicitud de revocación me da oportunidad para rectificar, por vía de salvamento de voto, opiniones que no son propiamente las mías.

La mayoría de la Corte, derogando una doctrina establecida por ella misma desde 1910, asienta ahora la jurisprudencia de que ella es competente para decretar el desistimiento del juicio por sobre un recurso de casación intentado por la parte contraria del desistente.

Para que una doctrina vigente en largo tiempo pueda ser sustituída por otra contraria, se requiere que las razones que sustentan la segunda sean de tan evidente

fuerza, que justifiquen el cambio; pues de otra manera la variación de doctrina indica la volubilidad de criterio, y tiene graves resultados, tratándose de fallos de la Corte reguladora.

Y si puede ser explicable el cambio de jurisprudencia, cuando no hay ley positiva expresa, o ésta se presta a sentido dudoso, no se justifica cuando el juzgador abandona el sentido natural del texto para desviarlo con razonamientos que no corresponden a las funciones del Juez, sino que pertenecen al dominio de la legislación. Tal sucede en el presente caso.

Antes del año de 1890, tanto el Código Judicial Nacional, como el de Cundinamarca, si bien permitían el desistimiento de juicio o el de un recurso, no determinaban el Juez ante quien debía hacerse el uno o el otro; de suerte que, por interpretación extensiva, la desistencia del pleito podía hacerse ante el Juez de apelación o de casación. Pero el legislador de 1890 no quiso que el procedimiento continuase así con una jurisdicción indeterminada, y expidió la Ley 105 de ese año, cuyo artículo 95 borró aquella indeterminación, y señaló expresamente ante el cual debía hacerse el desistimiento del juicio, y ante cuál el del recurso. Dice así esta disposición:

"Toda persona que haya promovido un recurso o propuesto un pleito, puede desistir de él expresa o tácitamente. El desistimiento del recurso se hará ante el mismo Juez que lo haya concedido, si el expediente no hubiere sido remitido al superior, o ante éste, si ya lo hubiere recibido. El desistimiento del pleito se hará ante el Juez o Tribunal que esté conociendo de lo principal del asunto."

Esta reforma, tratándose del recurso de casación, retira a la Corte la facultad de conocer del desistimiento del juicio, porque ella en ese recurso no conoce de lo principal del pleito, sino que le toca juzgar tan sólo sobre la sentencia. La reforma indicada se hizo cuando ya estaba creado el recurso de casación, respecto del cual, dada su naturaleza y su campo muy estricto, quiso el legislador acertadamente que no siguiera practicándose la promiscuidad de jurisdicción. Inspirada en este mismo criterio, la Corte ha mentenido la doctrina constante de que en casación no puede darse curso a peticiones, ni suscitarse cuestiones extrañas a ella y que den lugar a controversias que salgan de los límites definidos que la ley ha impuesto a ese recurso. En el presente caso basta enunciar las cuestiones en cuya decisión se ha visto empeñada la Corte con bastantes embarazos, para demostrar que se ha desviado de los carriles propios de la casación, como, por ejemplo, si una persona, a pesar de habérsele reconocido como parte en el juicio, durante el recurso, averiguar cuándo debe considerarse como litigante, cuándo como coadyuvante; si un usufructuario tiene título propio e independiente del nudo propietario o si es un siervo del segundo, vinculado necesariamente a la acción y movimientos de su principal, **et sic de coeteris**, todo esto aparte de la presentación y examen de pruebas, tan ajenos a la casación.

—

Pero aun pasando por aquella nueva doctrina de la Corte, encuentro más objetable la tesis de que el tercero que, a virtud de título propio, independiente del aducido por el actor en el litigio, es reconocido **como parte** en un juicio, durante el recurso de casación, no es tal parte, sino un mero coadyuvante del actor, de tal suerte que si éste desiste del juicio, ese tercero pierde su carácter de opositor en el recurso intentado por la contraparte del actor desistente. Tal tesis ataca, en mi concepto, no solamente los derechos del tercero que interviene en el juicio, sino también los de la persona que interpuso el recurso de casación. Quien interpone un recurso es dueño y señor de ese recurso, y mientras no desista de él, tiene derecho a que la justicia se lo resuelva, sin que sea permitido que la contraparte, por medios indirectos, se lo arrebate.

Y no se diga que con el desistimiento del juicio nada pierde el demandado recurrente, porque siendo el efecto de tal acto, según el artículo 817 del Código Judicial, reponer las cosas al estado que tenían antes de intentarse la demanda y privar al actor y a sus representantes del derecho de repetir la acción contra el actual demandado o sus representantes, tánto vale este resultado, como si hubiese ganado no solamente el recurso de casación, sino el pleito mismo.

Al parecer, esto es así; pero si se penetra al fondo de la cuestión y de ciertos principios de derecho, otra debe ser la conclusión. El desistimiento del juicio, si bien priva al demandante y a sus representantes de la facultad de repetir la acción contra el demandado, carece, sin embargo, de los efectos múltiples de la cosa juzgada que reporta un fallo definitivo y ejecutoriado; este fallo es el que persigue un demandado que se sostiene en la defensa y lo lleva hasta el último extremo, cual es el recurso de casación. Y cuando, como sucede en el presente caso, pone su esfuerzo con el fin de obtener una sentencia irrevocable que le declare la prescripción adquisitiva de un derecho real, sentencia que ha de servirle de título tan valioso y efectivo, no sólo respecto de las partes que intervinieron en el juicio, sino respecto de terceros, a la manera de una escritura pública (artículo 2534, Código Civil), no puede valer lo mismo que el derecho muy reducido de no ser demandado por virtud del desistimiento del juicio.

No entro en el desarrollo de esta diferencia de efectos, porque sería un atrevimiento para con mis respetables colegas que bien conocen la materia, pero sí termino el estudio de este punto con la reflexión del expositor de Derecho Procedimental, Bonnier:

"El demandante puede tener interés en no continuar el juicio, ya por temor de que tome un curso desfavorable o por otras causas; pero el demandado, a su vez, puede tener el interés contrario de que el juicio prosiga hasta su fin; y sería cosa singular que el demandante pudiera a su antojo escaparse de las consecuencias de un proceso cuando tema perderlo, y de otra parte, quede el demandado privado de las defensas que le ha opuesto con el fin de ampararse para siempre con un fallo definitivo."

Este mismo razonamiento puede aplicarse al interés que en el pleito tiene un tercero que se ha hecho parte en él. De modo manifiesto indican Gómez Tanco y Gómez S. al oponerse al desistimiento del juicio, que desean que éste se lleve a su fin, hasta que sea decidido el recurso de casación.

—

Disiento también de la doctrina que sienta la mayoría de la Corte, referente al carácter y situación jurídica que en el pleito corresponden a Gómez Tanco y Gómez S., en virtud de la providencia de la Corte, que les reco-

noció el carácter de parte en el juicio, hallándose éste en el estado de recurso de casación.

Estos señores, a título de adquirentes del usufructo del terreno a que se refiere este pleito, solicitaron que en razón de título propio e independiente del de su causante, se les diese entrada en el juicio, y así se les concedió.

Título propio lo tenían, puesto que el usufructuario es dueño de una especie de propiedad con sus atributos. Es cierto que son causahabientes del nudo propietario, pero esto no basta para que se les vincule de una manera absoluta a los pleitos que éste promueva. Hay principios y disposiciones muy claras que regulan en este caso las relaciones de los dos. La mayoría de la Corte no los ha considerado para nada, y a pesar de su importancia decisiva en este negocio, declara, sin ambages, que "el hecho de haberlos admitido como parte no puede tener otro objeto que el que pudieran exponer lo que tuvieran a bien, coadyuvando la oposición al recurso."

Para la mayoría de la Corte el concepto jurídico de parte, en el caso de intervención de un causahabiente singular, es siempre idéntico al de coadyuvante, cuando tal intervención se hace durante el recurso de casación, sin que tal entidad, agrega la sentencia, "necesite más demostración ante el estado actual del negocio y la situación de las partes."

Lejos de no necesitar más demostración tal tesis, la sentencia ha debido patentizar que los principios a que hago alusión, o no existen o son inaplicables al caso.

¿Y cuáles son esos principios? Siempre que me veo en la necesidad de apartarme de la respetabilísima opinión de mis colegas, acostumbro reemplazar mis propios razonamientos con citas de doctrina de autorizados expositores:

"Los causahabientes a título particular deben sufrir los efectos de los procedimientos y sentencias que resulten contra su causante, antes del nacimiento de su propio derecho, como habrían de sufrir los efectos de los contratos que él hubiera celebrado antes de ese tiempo."

"Pero ellos son terceros cuanto a los procedimientos y fallos sucedidos con posterioridad a su adquisición. Su causante, que en este momento no podría disminuírles por convención alguna sus derechos que él les transmitió, no puede tampoco comprometerlos a virtud de los procesos que sostenga. A partir del día en que el antecesor ha transmitido su derecho sobre la cosa litigiosa, carece ya de calidad para comprometer en litigio ese derecho. Las sentencias dictadas en pleito con el vendedor, ha dicho la Corte de Casación—Francia,—pueden oponerse al comprador, no así las dictadas cuando el primero ha dejado de ser propietario; **en este caso el comprador no puede considerarse como causahabiente del vendedor.**" (Tissier. **Theoria et Practique de la Tierce Opposition**).

Los señores Gómez Tanco y Gómez S. se hallan comprendidos en la segunda de estas hipótesis, porque cuando su causante promovió el presente juicio y fue notificada la demanda (veinticinco de febrero de mil novecientos veintitrés), ya ellos tenían adquirido el usufructo de que se trata (nueve de febrero de mil novecientos veintitrés), título del cual hacen provenir su derecho al uso de las aguas en coparticipación con la Compañía actora, dueña de la nuda propiedad. Ellos son, por consiguiente, terceros en este pleito, independientes del nudo propietario, que no conservan el vínculo de causahabientes para el efecto de su actuación en el juicio y de la sentencia dictada en él.

Por otra parte, como el uso de estas aguas estaba en poder de la Compañía demandada, según aparece de autos, y ésta había opuesto la excepción de prescripción adquisitiva, los Gómez estaban en la necesidad de intervenir en el juicio, porque de otra suerte, tratándose de una cuestión de prescripción, no estaban amparados, según el artículo 847 del Código Judicial, por el principio de que la sentencia era res inter alios acta, sino que por excepción les afectaba también el fallo que sobre prescripción se dictara, cuestión ésta que precisamente era la materia del recurso de casación.

Ellos intervinieron, pues, como terceros respecto de su causante, a virtud de título propio, en interés propio, y no fueron coadyuvantes del actor, como lo sostiene el fallo de la mayoría de la Corte. La situación jurídica de opositor al recurso de casación interpuesto por la parte demandada, no era ya derecho exclusivo del actor del juicio, sino que tal situación la tenían también los terceros que litigaban por derecho propio. La Corte pudo decretar el desistimiento del juicio con relación al actor.

No me detengo a refutar, por no extender demasiado este salvamento de voto, las tesis siguientes de la mayoría de la Corte, cuya exactitud es bastante dudosa: un tercero no puede, con imposibilidad jurídica, intervenir como parte en un juicio que se halla sometido a un recurso, como el de casación, cuando el demandante consintió la sentencia y no interpuso el recurso, y asumió apenas el papel de opositor; que el tercero no puede pedir que se siga con él el recurso cuando no ha sido demandante, y no existe, por consiguiente, entre él y la parte demandada el cuasi contrato de litis contestación.

Bogotá, agosto diez y nueve de mil novecientos treinta.

Juan N. Méndez — Arango—Jiménez—Martínez—Nannetti—Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Jesús Diógenes Castro y Eder & Bravo celebraron el convenio que se hizo constar en el recibo que obra a folio 2 del cuaderno principal de este expediente, y que es de este tenor:

"Por el presente hacemos constar que nosotros, Eder & Bravo, mayores de edad y vecinos de Caloto, hemos recibido de don Jesús Diógenes Castro, ciento veinticinco (125) reses, hembras y machos; estas reses son de Castro, y le representan el capital de doscientos cincuenta mil pesos papel moneda ($ 250,000); hemos recibido este ganado para mejorarlo en participación, es decir, para que la suma que afecte a este capital, sea divisible en iguales partes entre el señor Castro y nosotros, siendo de nuestro cargo exclusivamente el valor de los pastajes, que (hay aquí una palabra ilegible) de pará, la sal y demás cuido, mejor dicho, este negocio es como se estila corrientemente en los ganados en participación.

"Cuando haya utilidades Castro acordará la venta con Eder & Bravo.

"En constancia firmamos el presente recibo, en Santander (Quilichao), el diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos quince (1915), con dos testigos.

Eder & Bravo"

Jesús Diógenes Castro falleció en Popayán el quince de noviembre de mil novecientos diez y seis, pocos días después de haber ido a tratar con Eder & Bravo sobre el negocio de ganado de que trata el recibo que se deja inserto; y más tarde, el cuatro de abril de mil novecientos diez y nueve, Jorge Gonzalo Castro, declarado heredero universal de su hermano legítimo Jesús Diógenes Castro, compareció, por medio de apoderado, ante el Juez 1º del Circuito de Caloto, haciendo valer el referido documento y pidiendo que, con audiencia de Roberto Bravo, en su carácter de socio Gerente de la Sociedad Eder & Bravo, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que la sociedad de hecho que se formó entre el señor Diógenes Castro, de una parte, y los señores Eder & Bravo, de otra, para mejorar en participación ciento veinticinco reses, hembras y machos, que aportó el nombrado Castro, para que Eder & Bravo las mantuvieran en potrero de pasto pará, les dieran sal y las cuidaran, no subsiste legalmente.

"2ª Que se proceda inmediatamente a liquidar esa sociedad de hecho, sobre la base del documento, fechado en Santander (Quilichao), el diez y ocho de diciembre de mil novecientos quince, que a esta demanda acompaño, y las demás pruebas que se traigan al juicio, teniendo en cuenta que las utilidades son divisibles, por partes iguales.

"3ª Que la sucesión de Jesús Diógenes Castro tiene derecho a retirar el aporte que éste hizo a la sociedad de hecho que formó con los señores Eder & Bravo, aporte consistente en ciento veinticinco (125) reses, así: cincuenta y cuatro (54) hembras y setenta y una (71) machos, estimadas en doscientos cincuenta mil pesos ($ 250,000) papel moneda, o sea a dos mil pesos ($ 2,000) cada res, aporte que retirará en especies, o en especies y dinero, o en dinero solamente, según lo que resulte de la liquidación.

"4ª Que si se niega la parte demandada a que se hagan las anteriores declaraciones, sea condenada en las costas del juicio."

Como fundamentos de hecho se expusieron los siguientes:

"a) El señor Jesús Diógenes Castro había tenido desde antes del día diez y ocho de diciembre de mil novecientos quince, varios negocios de ganados en participación, con los señores Eder & Bravo, y representados por el socio Gerente Roberto Bravo, ganados que se cebaban en potreros suministrados por Eder & Bravo.

"b) El diez y ocho de diciembre de mil novecientos quince el señor Jesús Diógenes Castro celebró con los mismos señores Eder & Bravo, representados por Roberto Bravo, este negocio: Castro suministró ciento veinticinco reses, así: 54 hembras y 71 machos, que se apreciaron en doscientos cincuenta mil pesos ($ 250,000) papel moneda, y los señores Eder & Bravo se obligaron a mejorar esas reses en participación, a dividir utilidades entre el señor Jesús Diógenes Castro, de un lado, y Eder & Bravo, de otro. Eder & Bravo debían mantener esas reses en potreros de pasto pará, darles sal y cuidarlas.

"c) En testimonio del negocio dicho se otorgó, en papel común, un documento suscrito por Roberto Bravo, en representación de Eder & Bravo, que finaliza (ese documento) así: 'en constancia firmamos el presente recibo en Santander (Quilichao), el diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos quince (1915), con dos testigos.'

"d) Pocos días antes de su muerte, vino al Valle del Cauca el señor Jesús Diógenes Castro para ver sus ganados que, en la forma y condiciones anotadas atrás, tenía en compañía con Eder & Bravo, y a su regreso a Popayán murió.

"e) El señor Jesús Diógenes Castro era hermano legítimo del señor Jorge Gonzalo Castro, mi poderdante.

"f) La sucesión del señor Jesús Diógenes Castro está abierta en el Juzgado 2º del Circuito de Popayán y mi poderdante señor Jorge Gonzalo Castro ha sido declarado su heredero.

"g) En posiciones absueltas por Roberto Bravo ante el Juez 1º de este Circuito, al absolver la cuarta posición contestó dicho Bravo que en el mes de diciembre de 1915 entregó Jesús Diógenes Castro a Eder & Bravo, representados por el absolvente Bravo, ciento veinticinco reses, así: setenta y una reses machos y cincuenta hembras, apreciadas a veinte pesos ($ 20) oro cada res, y las entregó en las mismas condiciones del negocio de ganado al partido o en participación que antes había tenido con los mismos Eder y Bravo.

"h) Mi poderdante ha tratado por varios medios de terminar este asunto extrajudicialmente con los señores Eder & Bravo, y el socio Gerente de éstos, Roberto Bravo, no se ha prestado a solucionarlo de ningún modo.

"i) Según el documento de que he hablado, las utilidades del negocio se debían y se deben dividir en dos partes iguales, a saber: una para Jesús Diógenes Castro, representado hoy por mi mandante Jorge González Castro, y otra para Eder y Bravo.

"j) Por razón natural, en el lapso de tiempo transcurrido del 18 de diciembre de 1915 en adelante, el ganado hembra debe haber dado frutos y el ganado macho tiene que haberse cebado completamente, para venderlo gordo."

Corrido el traslado de esa demanda a Roberto Bravo, éste se hizo representar por medio de apoderado, en su carácter de administrador de la sociedad colectiva de comercio Eder y Bravo, y, previo el trámite y la decisión de la excepción de inepta demanda, que se declaró no probada, fue contestada, desconociendo el derecho invocado por el actor y oponiéndose a todo lo pedido por éste.

En cuanto a los hechos se dijo:

"a) Es cierto;

"b) Es cierto;

"c) Es cierto;

"d) Es cierto en parte; en cuanto que al venir al Valle Jesús Diógenes Castro tenía en compañía de Eder & Bravo unos ganados; pero no lo es en cuanto se sugiere que tales ganados fueran de Castro al regreso de éste a Popayán;

"e) Ni afirmo ni niego tal hecho;

"f) Ni afirmo ni niego ese hecho;

"g) Es cierto;

"h) Es cierto; y ha sido así porque las pretensiones de Castro son injustas e inaceptables para los señores Eder y Bravo;

"i) En parte es cierto; no lo es en cuanto tal documento tenga hoy algún valor, puesto que la sociedad en él consignada dejó de subsistir por haber vendido Castro su parte a los señores Eder y Bravo;

"j) Ni afirmo ni niego."

En primera instancia el Juzgado falló así, el veinticinco de abril de mil novecientos veinticuatro.

"En mérito de lo expuesto, el Juzgado..... declara:

"1º Que la sociedad de hecho que se formó entre el señor Jesús Diógenes Castro, de una parte, y los señores Eder & Bravo por la otra, para mejorar en participación ciento veinticinco reses, hembras y machos, que aportó el nombrado Castro, para que Eder & Bravo mejorara esas reses mediante el cuido, no subsiste legalmente.

"2º Debe procederse inmediatamente a liquidar esa sociedad de hecho sobre las bases de la estipulación, cuya prueba aparece en el juicio, teniendo en cuenta que las utilidades son divisibles por partes iguales.

"3º La sucesión de Jesús Diógenes Castro tiene derecho a retirar el aporte que éste hizo a la sociedad de hecho que formó con los señores Eder y Bravo, aporte consistente en ciento veinticinco reses, así: cincuenta y cuatro (54) hembras y setenta y una (71) machos, estimadas en doscientos cincuenta mil pesos ($ 250,000) papel moneda, o sea a dos mil pesos ($ 2,000) papel moneda cada res, aporte que retirará en especies, o en especies y dinero, o en dinero solamente, según lo que resulte de la liquidación.

"No se condena en costas, por no ser notoria la injusticia de la oposición hecha por el demandado (artículo 518 del Código Judicial)."

Por apelación concedida a la parte demandada, subió el negocio al Tribunal Superior de Popayán, el cual fue fallado con fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiséis de la manera siguiente:

"Por lo expuesto, el Tribunal..... resuelve:

"Primero. La sociedad de hecho que se formó entre el señor Jesús Diógenes Castro, de una parte, y los señores Eder y Bravo, por la otra, para mejorar en participación ciento veinticinco reses, hembras y machos, que aportó el nombrado Castro, para que Eder y Bravo mejorara esas reses, mediante el cuido, no subsiste legalmente.

"Segundo. Procédase inmediatamente a liquidar esa sociedad de hecho teniendo como base el convenio celebrado el diez y ocho de diciembre de mil novecientos quince entre Jesús Diógenes Castro y Eder y Bravo, según la aseveración del primero y la confesión de Roberto Bravo, contenidas en la demanda y la contestación.

"Tercero. La sucesión de Jesús Diógenes Castro tiene derecho a retirar el aporte que éste hizo a la sociedad de hecho que formó con los señores Eder y Bravo, aporte consistente en ciento veinticinco reses, así: cincuenta y cuatro (54) hembras y setenta y una (71) machos, estimadas en doscientos cincuenta mil pesos ($ 250,000) papel moneda o sea a dos mil pesos ($ 2,000) papel moneda cada res, aporte que retirará en especies, o en especies y dinero, o en dinero solamente, según lo que resulte de la liquidación.

"Queda así reformada la sentencia que se deja revisada.

"No hay costas."

La parte demandada interpuso el recurso de casación, que le fue concedido y que la Corte admite, y procede a fallarlo, mediante las consideraciones que en seguida se expresan:

La parte demandada, en el mismo escrito en que interpuso el recurso de casación, alegó las causales 1ª y 4ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896; pero el apoderado constituído ante esa superioridad se limitó a alegar la primera causal; sin embargo, como no se ha retirado la acusación por la causal cuarta, preciso es comenzar por ella el estudio de este recurso.

En el numeral 5º del referido escrito de interposición del recurso ante el Tribunal, formula el recurrente la siguiente acusación:

"Si el liquidador es el que representa a la sociedad en juicio, expirado el término de la sociedad, la demanda (por lo general) debe proponerse en el domicilio de él y no en el que haya tenido la sociedad que representa. El Juez del Circuito de Caloto y el Tribunal Superior de Popayán no eran, por tanto, competentes para conocer del negocio, aspecto por el cual procede la casación por incompetencia de jurisdicción, de acuerdo con la causal cuarta (4ª), de las señaladas en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, por lo que alego también esta causal, señalando como violados los artículos 158, 161, 163, 164, 166, 167 de la Ley 147 de 1888 (Código de Organización Judicial); 76, 77 y 86 del Código Civil, por cuanto el Tribunal asumió una jurisdicción que no tenía y era otro el Juez competente."

El recurrente hace consistir este motivo de casación en que lo actuado adolece de incompetencia de jurisdicción por razón del lugar en que se ventiló el juicio; pero como la incompetencia de jurisdicción es prorrogable cuando proviene de esa circunstancia, no se está en el caso que contempla la causal 4ª alegada por el recurrente, que es el de "incompetencia de jurisdicción improrrogable en el Tribunal sentenciador."

Aunque esta observación es suficiente para dejar demostrado que el cargo es infundado, conviene anotar que la competencia del Juez del Circuito de Caloto y, por ende, la del Tribunal Superior de Popayán, es inobjetable en este juicio, toda vez que en él se ejercitó una acción personal proveniente de un contrato celebrado en territorio de su jurisdicción, que debía cumplirse allí (ya que no resulta estipulación en contrario), y, además, por ser ese el domicilio del demandado en la época en que se entabló la acción.

En el alegato con que se contestó el traslado de que trata el artículo 151 de la Ley 40 de 1907, dice el apoderado de la parte recurrente:

"Ante todo la causal 1ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896 sirve de fundamento al presente recurso de casación, tanto por violación de ley sustantiva como por error de hecho evidente al hacer la apreciación de una prueba, y por los motivos que se van a enumerar en seguida:

"1º La sentencia del Tribunal de Popayán es violatoria de los artículos 465 del Código de Comercio; 36 de la Ley 40 de 1907, y 1760 del Código Civil, todas ellas disposiciones sustantivas que fueron violadas de una manera directa.

"En efecto: en el presente pleito se alegó oportunamente que el juicio estaba viciado por ilegitimidad de

la personería de la parte demandada (excepción dilatoria distinguida con la letra c), alegación que se fundó en el hecho preciso de no estar probada la existencia de la sociedad colectiva de comercio denominada Eder & Bravo. Como el aporte de ganados (el de las 125 reses), fue adquirido por esa compañía, era imperativo para demandarla debidamente, demostrar cabalmente su existencia, cosa que no se podía acreditar sino con la copia de la respectiva escritura pública, al tenor del mandato contenido en el artículo 465 del Código de Comercio, cuando dice que 'la sociedad se forma y se prueba por escritura pública registrada.'

"Pudo también acreditarse la personería jurídica de la compañía Eder & Bravo con copia del extracto de la escritura social, expedida por el Secretario del Juzgado donde el extracto debió haber sido registrado, cual lo permite el artículo 36 de la Ley 40 de 1907, pero tampoco se trajo a los autos dicha prueba.

"Por tal motivo se violaron flagrantemente las disposiciones mencionadas."

Como todo este cargo está fundado en que no se ha acreditado en el juicio "la personería jurídica de la compañía Eder & Bravo" con la copia de la respectiva escritura pública ni con la copia del extracto a que se refiere el artículo 36 de la Ley 40 de 1907; y como eso mismo es lo que se alega como segundo motivo de casación, se entra a considerar de una vez este otro cargo.

"Segundo motivo. Dice el recurrente:

"Por otro aspecto, la sentencia del Tribunal acusa error de hecho evidente al hacer la apreciación de la prueba donde consta la personería que tuvo el señor Roberto Bravo, como administrador de la sociedad colectiva de comercio Eder & Bravo; y en este error puede encontrar la Corte la explicación del grave error de derecho mencionado anteriormente, como se va a ver:

"En efecto: el Tribunal de Popayán en su sentencia admite que no se ha traído a los autos la escritura pública por medio de la cual se constituyó la compañía Eder & Bravo, pero agregó estas palabras: '...sí corren en el proceso datos precisos de los cuales se deduce que Bravo es el administrador de dicha entidad' (folio 74 vuelto). Fue precisamente al hacer esta apreciación cuando el Tribunal incurrió en error de hecho. El punto discutido no es otro hasta ahora sino el relativo con la falta de personería sustantiva de la parte demandada, por no estar acreditada en el juicio la existencia de la sociedad colectiva de comercio Eder & Bravo. No se trata de saber quién fue el administrador de esa compañía, ni tampoco se ha negado que el señor Roberto Bravo hubiera tenido esa condición; se trata de un hecho sustancialmente distinto y muchísimo más grave en relación con el presente pleito; y tal hecho, se repite, es el referente a la prueba de la existencia de la dicha sociedad Eder & Bravo, prueba que falta en el juicio. Como se ve, el Tribunal confundió una cosa con otra, y consideró que la prueba de la personería que tuvo el señor Bravo era prueba de la existencia de la entidad que representaba, y así lo dijo ingenuamente cuando habló de **datos precisos de los cuales se deduce que Bravo es el administrador de dicha entidad.** De esa manera el Tribunal sin darse cuenta e inocentemente, salvó el gravísimo inconveniente de no estar en el juicio la prueba de la vida de la sociedad Eder & Bravo. Al no haber incurrido en el error de hecho evidente que se deja apuntado, lógicamente el Tribunal no hubiera caído en el error de derecho relacionado con las disposiciones legales infringidas, citadas arriba.

"La escritura pública, en copia, venida al juicio, y que aparece a los folios 9 a 13 del cuaderno principal, es prueba del carácter de administrador que tuvo el señor Roberto Bravo, de la sociedad de Eder & Bravo, durante el tiempo allí estipulado; pero dicho instrumento no es prueba de la existencia de la sociedad aludida, toda vez que dicho instrumento tuvo por objeto verificar la incorporación de un nuevo socio a la sociedad ya constituída y con las estipulaciones o modificaciones allí expresadas."

Este cargo y el que le precede estarían justificados si la demanda estuviera dirigida contra Eder & Bravo como sociedad mercantil; pero ni en el libelo de demanda, ni en el documento firmado por esos señores a favor de Jesús Diógenes Castro el diez y ocho de diciembre de mil novecientos quince, en que consta el contrato en que se funda la acción, ni en la escritura número 324 de doce de abril de mil novecientos trece, reformatoria de la de asociación de Eder & Bravo, figura esta entidad como sociedad colectiva de comercio, llamada a regirse por las disposiciones del Código del ramo, citadas por el recurrente. De tal calidad sólo hace mención el administrador de la misma sociedad demandada, que es la recurrente, en el memorial de nueve de mayo de mil novecientos diez y nueve, por el cual le confirió poder especial al señor Ernesto Pino G., pero ello, por sí sólo, no puede servir de base al cargo que se examina, que, por consiguiente, resulta infundado.

"Tercer motivo. La sentencia del Tribunal de Popayán—dice la demanda de casación—es también violatoria, de una manera directa, de las disposiciones sustantivas siguientes: los artículos 535, 537 y 541 del Código de Comercio y de los artículos 2103 y 2105 del Código Civil, como se va a ver.

"Ahora, ocurre algo muy singular, porque la parte demandante que no trajo a estos autos la prueba de la vida de la dicha sociedad, sí trajo la correspondiente **partida de defunción** de la misma, y sin embargo, el Tribunal no tuvo en cuenta semejante demostración, a efecto de apreciar las graves consecuencias legales que tal hecho tuvo para el juicio.

"Cuando el juicio se inició realmente, el señor Roberto Bravo era el administrador de la sociedad Eder & Bravo, pero esa condición la perdió después, y cuando vino la **litis contestatio** ya el señor Roberto Bravo había perdido hacía bastante tiempo ese carácter, y tal personería no la volvió a recobrar, de tal suerte que la sociedad mencionada no tuvo desde entonces representante legal, como se pasa a demostrar.

"En los autos figura copia de la escritura pública número 324, de fecha 12 de abril de 1913, pasada ante el Notario 1º de Cali, mediante la cual se hizo constar la incorporación de un nuevo socio y se hicieron otras estipulaciones como la de que el plazo de la sociedad denominada Eder & Bravo sería de cinco años, expresándose con toda claridad que dicha compañía **tendría vida hasta el día treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos veinte (1920).** Pues bien, ese plazo se cumplió fatalmente antes de haber sido contestada la demanda del presente pleito (folios 35 y 36 del cuaderno principal), y en la contestación de la demanda se advirtió expresamente

que dicha sociedad estaba extinguida al decirse que se haría uso de las pruebas que se pudieran deducir de los libros de la extinta compañía Eder & Bravo; y sin embargo, ni la parte interesada ni la justicia han parado mientes en esta gravísima equivocación, y el juicio ha venido edificado sobre ese falso cimiento.

"Mientras la sociedad Eder & Bravo tuvo existencia legal, su representante legal fue el señor Roberto Bravo; pero una vez extinguida, cesaron por el mismo hecho las facultades de aquél, y esa sociedad o compañía desaparecida tuvo entonces un representante especial, el liquidador dado por la misma ley, toda vez que nada se estipuló en las modificaciones que se hicieron en la escritura pública traída a los autos."

Como esta cuestión es la misma que se plantea en el cuarto motivo, por error de hecho en la apreciación de la citada escritura número 324, de doce de abril de mil novecientos trece, conviene examinar a la vez ese otro motivo, que es como sigue:

"Cuarto motivo. La sentencia del Tribunal de Popayán incurrió también en error de hecho de una manera evidente al apreciar la prueba por la cual se constituyó representante para la compañía Eder & Bravo. Esa prueba ya se conoce y es la escritura pública número 324, de fecha 12 de abril de 1913, visible a los folios 9 a 13 del cuaderno principal, y por medio de la cual se le dio al señor Roberto Bravo el carácter de administrador exclusivo de la compañía, naturalmente por el tiempo por el cual fue constituída, porque nada más se estipuló, sobre el particular, de tal suerte, que una vez muerta la sociedad cesaron por el mismo hecho las facultades conferidas al señor Bravo; y como ya se sabe que dicha compañía estaba extinguida cuando vino la **litis contestatio**, hubo error manifiesto en seguirse el presente pleito con el ex-administrador de la sociedad Eder & Bravo. En una palabra, se le dio a la prueba en que estuvo acreditada la personería del señor Bravo una extensión que ya no tenía, con lo cual se incurrió en el error de hecho que se deja demostrado. Como el Tribunal pasó por alto, en todas sus partes, el motivo de casación que se deja expresado, no es posible reproducir concepto alguno de esa corporación en relación con él."

A estos cargos se contesta:

No es exacto que el pleito se siguiera con el ex-administrador de la sociedad Eder & Bravo, señor Roberto Bravo; consta en el proceso que el juicio se siguió con el apoderado especial de dicha sociedad que, en representación de ella, constituyó el señor Bravo cuando fue su administrador. Ahora, si bien es cierto que la representación de la sociedad, al entrar ésta en liquidación, la asume el liquidador, no hay razón en qué apoyar el concepto de que por ese hecho caducan, totalmente, los poderes especiales para pleitos conferidos por el administrador cuando estuvo en ejercicio de ese cargo. Tales poderes deben reputarse subsistentes mientras no sean revocados por el liquidador, concepto que en nada se opone a los preceptos consignados en las disposiciones citadas por el recurrente. Además, si la sociedad Eder & Bravo, en liquidación, se consideró mal representada por el referido apoderado, debió haber pedido la reposición de lo actuado, en ejercicio del derecho que para el caso concede el artículo 136, ordinal 2º de la Ley 105 de 1890; y a este respecto es oportuno hacer notar que es doctrina constante de la Corte que las cuestiones de personería o mala representación de las partes en los juicios, son exóticas en el recurso de casación, pues si oportunamente no se alegó la nulidad del juicio por carencia de personería, en el recurso de casación no es tiempo de alegarla. (Casación de 9 de julio de 1918. **Gaceta Judicial**, XVIII, 357, 2ª, y casación de 26 de mayo de 1924, **Gaceta Judicial**, XXX, 308, 1ª).

Examinados los cuatro motivos en que se funda la causal alegada en esta superioridad al contestar el traslado de que trata el artículo 151 de la Ley 40 de 1907, y dos de los cargos consignados en el escrito en que la misma parte propuso y fundó el recurso ante el Tribunal, se pasa a examinar los otros cargos que en ese mismo escrito están marcados con los números 2, 3, 4, 6 y 7.

En el marcado con el número 2, se impugna el reconocimiento de la personería sustantiva del demandante, porque, se dice allí, "el Tribunal ha admitido como prueba de la personería del demandante la copia del auto de 7 de diciembre de 1916, del señor Juez 2º del Circuito de Popayán, sin notificaciones, ni copia del auto de ejecutoria o siquiera un certificado de que se ejecutorió, de modo que el Tribunal no podía basarse en dicho auto para aceptar a Jorge Gonzalo Castro como heredero de Jesús Diógenes Castro."

Se observa:

Para que haga fe en juicio el auto en que se hace una declaración de heredero, no ha establecido la ley condiciones especiales, como por ejemplo, la requerida para que una sentencia preste mérito ejecutivo. Para ello basta que la prueba se produzca con arreglo a lo preceptuado en los artículos 679 y 686 del Código Judicial, según lo establece el artículo 681 ibídem. Si la parte a quien tal prueba perjudica no demuestra que el referido auto no está ejecutoriado o que ha sido revocado, o, lo que es más, si como en el caso de autos, en el curso del juicio no se ha planteado esa cuestión, ni se ha objetado la personería de quien comparece haciendo valer el carácter de heredero que acredita con esa prueba, no puede acusarse por error de derecho en la apreciación de ella el fallo del Tribunal que en ello se ajusta a las normas legales aquí citadas.

En el cargo marcado con el número 3, se expresa así el recurrente:

"En otro lugar dice la sentencia aludida:

'Además de no ser admisible en este caso la prueba testimonial se observa que las personas que deponen acerca del pago que alega Bravo, lo hacen por referencia de éste.'

"El aserto anterior, a más de no ser exacto, contiene graves errores de hecho y de derecho en materia de prueba.

"No es exacto que los señores Eliseo Bolaños, Napoleón Escobar y Angel María Granados (folios 52, 60 y 72 del cuaderno de pruebas de segunda instancia), hayan depuesto con referencia al señor Bravo: todos tres declaran sobre hechos demostrativos de la realidad de la compra que hizo éste a Castro del ganado vacuno, y sobre actos de clase varia, de Castro, que constituyen una **confesión extrajudicial** del mismo en relación con ese negocio, como puede verificarse, para aceptar las siguientes conclusiones:

"a) Que el Tribunal ha incurrido en error de hecho en estimar esos testimonios como de referencia;

"b) Que ha confundido la confesión con la prueba de testigos, violando con esto los artículos 555, 561, 562, 541, 595 del Código Judicial y 1767 y 1769 del Código Civil;

"c) Que ha interpretado erróneamente el artículo 92 de la Ley 153 de 1887, puesto que quien demanda la entrega de una cosa o el cumplimiento de una obligación, es el señor Jorge Gonzalo Castro y no Eder & Bravo, y porque la defensa de Bravo, consistente en oponer a la demanda el negocio de compra del ganado, constituye una verdadera excepción y ese artículo contempla el caso de la acción y la actitud del demandante, no el caso y la actitud de Bravo;

"d) Que violó igualmente los artículos 541, 555, 561 y 562 del Código Judicial, desechando la prueba de la confesión extrajudicial de Jesús Diógenes Castro, sin contar con la inconsecuencia de fundar la sentencia que es objeto del recurso en una pretendida confesión del apoderado de Bravo o de Eder & Bravo; y

"e) Que por todo lo dicho en los puntos anteriores **a), b), c)** y **d),** se han violado también por el Tribunal los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 y 607 del Código Judicial y se ha hecho una errada apreciación del 608 ibidem.

"Sobre estos respectos me permito invocar las sentencias de casación de 23 de agosto de 1907, XVIII, 35, 2ª, y de 9 de julio de 1912, XXI, 301, 2ª, extractadas en los números 794 y 3309 de la última edición de la **Jurisprudencia de la Corte Suprema.**"

Se observa:

Es cierto que el Tribunal incurrió en error al afirmar que todos los testigos que deponen acerca del pago que alega Bravo lo hacen por referencia de éste, pues los tres testigos a que este cargo se refiere, declaran sobre palabras y hechos que ellos oyeron y presenciaron, y no son, por consiguiente, testigos de mera referencia. Es igualmente cierto que la Corte, en casación de veintitrés de agosto de mil novecientos siete, ha dicho que la prueba de testigos es admisible para establecer una confesión extrajudicial, aunque con esta confesión se trate de probar la existencia de actos o contratos que valgan más de quinientos pesos; pero el artículo 562 del Código Judicial, que el recurrente estima violado por el Tribunal, dispone lo siguiente:

"Por regla general la confesión extrajudicial no produce sino prueba deficiente o grave presunción. Sin embargo, la confesión que un deudor hiciere de la deuda en presencia de la parte contraria o de su apoderado, con expresión de la cantidad o cosa debida, y de la razón o causa por la que debe, tiene fuerza de prueba plena, en virtud de la cual puede el confesante ser obligado a pagar la deuda, a no ser que probare haberla pagado, o quedado libre de ella de cualquier otro modo. Pero la confesión que queda expresada debe probarse plenamente."

Como el caso que se contempla no se halla expresamente exceptuado de la regla general consagrada en este artículo, forzoso es concluír que carece de fundamento el cargo que se examina, basado en que, a pesar de la prueba que suministran los testimonios de Eliseo Bolaños, Napoleón Escobar y Angel María Granados, la sentencia no estima acreditada la compra de las setenta y nueve reses que Bravo dice haberle hecho a Jesús Diógenes Castro en el último viaje que éste hizo al Valle del Cauca.

No es, pues, casable la sentencia por este motivo.

En el cargo distinguido con el número 4, observa el recurrente:

"Hay dos hechos importantísimos que no puedo dejar inadvertidos:

"1º A la fecha de la contestación de la demanda (21 de noviembre de 1921), no existía ya legalmente la sociedad Eder & Bravo, si es que, como lo hizo el Tribunal, ha de darse valor a las declaraciones de la escritura número 324 de 12 de abril de 1913 (folio 9 del cuaderno principal), y

"2º Que el señor Bravo protestó en el escrito de 17 de febrero de 1920 (letra **c**) folio 1º del cuaderno de excepciones), en la forma que por entonces podía hacerlo, que no estaba obligado a contestar la demanda, por no representar a Eder & Bravo, y que no se había determinado la vecindad de esta sociedad (letra **b**) del mismo escrito)."

Respecto de lo primero, bien sabido es que aun después de disuelta una sociedad, su personalidad moral subsiste en interés de la liquidación mientras ésta llega a su término; y en cuanto a lo demás a que pueda referirse este primer punto, queda contestado en las consideraciones referentes a los motivos tercero y cuarto aducidos al fundar el recurso ante esta Superioridad. Respecto del punto segundo de este mismo cargo, conviene reproducir aquí los dos puntos a que se refiere el recurrente del escrito de 17 de febrero de 1920 en que la parte demandada propuso la excepción dilatoria de inepta demanda:

"**b)** Porque en el libelo de demanda no se determinó el domicilio de la sociedad demandada, como era de rigor, ya que la determinación de la vecindad de uno de los socios no equivale a la determinación del domicilio de la sociedad, máxime, cuando en el caso de que me ocupo, la sociedad demandada tiene su domicilio en distintos Distritos, y

"**c)** Porque ha dirigido la demanda contra quien no está obligado a contestarla, ya que la existencia legal de la sociedad demandada no se ha establecido con la presentación de los documentos que exigen los artículos 469 y siguientes del Código de Comercio."

La primera de estas excepciones, referente únicamente a deficiencias en el contenido del libelo de demanda, una vez que se declaró no probada, quedó definitivamente fallada y no puede servir ahora de motivo de casación; y en cuanto a la segunda, el cargo queda contestado en la respuesta dada a los motivos primero y segundo consignados en el mismo alegato producido ante esta Superioridad.

El cargo distinguido con el número 6 está concebido en estos términos:

"Sobre las mismas explicaciones y en relación con la causal primera de casación del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, invoco como violados por la sentencia los mismos artículos 76, 77 y 86 del Código Civil; el artículo 2079 (inciso 2º) del mismo Código, y el artículo 467, referido a los artículos 475, 468 del Código de Comercio (ordinal 11), por haberse tomado como domicilio de la sociedad Eder & Bravo el que no era, por haberse condenado a la misma en la persona del señor Bravo (acaso uno de los socios), y por haber confundido a la persona jurídica con la persona natural de uno de los supuestos socios y haber tenido el domicilio de ésta por el de la sociedad."

Como se observa que las cuestiones que son materia de este cargo ya quedan tratadas en los puntos anterio-

res, la Corte se remite a lo que queda expuesto en las consideraciones que preceden.

Al cargo marcado con el número 7, relativamente a la mala aplicación del artículo 2083 del Código Civil, cabe observar que el Tribunal no ha aplicado esa disposición en concepto de que la sociedad de hecho es una entidad de derecho. Según lo establecido en esa disposición, cuando dos o más personas creyendo constituír una sociedad, han celebrado un convenio que, por defecto de requisitos esenciales no puede considerarse como sociedad ni como contrato alguno, de los que el Código reglamenta, no hay sociedad sino de hecho, y en ese caso cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiera aportado.

Además, sobre este particular, como se observa en la sentencia de primera instancia, la Corte tiene sentada la doctrina de que el contrato por el cual uno de los contratantes le entrega al otro cierto número de reses para un negocio que éste debe administrar en participación con aquél, constituye una sociedad de hecho, y el dueño de las reses tiene derecho a que se le liquiden las operaciones y a sacar su parte. (Casación de 13 de noviembre de 1914, **Gaceta Judicial**, tomo XXIV, 281, 1ª).

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay motivo para infirmar la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Popayán el veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiséis, en el juicio ordinario promovido por Jorge Gonzalo Castro contra la sociedad Eder & Bravo en el Juzgado 1º del Circuito de Popayán, para que se declare que debe liquidarse la sociedad formada de hecho entre los demandados y Jesús Diógenes Castro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiuno de julio de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Durante el día veinticinco de junio de mil novecientos veintisiete, estuvo Saúl Duque libando copas y bailando al són de una grafonola en la cantina de **Los Dardanelos**, en la ciudad de Cali. Más o menos a las once de la noche de ese mismo día, llegó también allí Félix Mafla, y después de tomar algunas copas y bailar algunas piezas con Duque, su amigo y camarada, ambos salieron a la calle, en donde, mediando alguna discusión, el primero de ellos disparó dos veces su revólver, de frente y a quemarropa contra Duque, causándole la muerte al cabo de pocos minutos.

Abierta la causa por auto de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos veintiocho, proferido por el Juez Superior de Cali, y confirmado por el Tribunal el ocho de marzo siguiente, el Jurado que en ella intervino pronunció su veredicto así:

"¿El acusado Félix Mafla es responsable de haberle dado muerte con dos disparos de revólver, los que le acertó ambos, a Saúl Duque, de los cuales disparos uno produjo una herida 'en la parte media del tercio inferior del esternón,' y otro penetró 'en la región epigástrica dos traveses de dedo de la apéndice difoide (sic).' La primera herida atravesó las dos aurículas del corazón y la segunda se dirigió oblicuamente hacia arriba y a la derecha, perforando la base del pulmón derecho. Estas heridas fueron hechas a corta distancia y determinaron la muerte inmediata de Saúl Duque; disparos hechos voluntariamente, y con ferocidad y alevosía, como a la media noche del veinticinco de junio del año antepasado (1927), al salir el acusado y su víctima de la cantina llamada **Los Dardanelos**, situada en esta ciudad en el cruce de la calle octava con la carrera quince?"

El Jurado contestó: **"Sí, pero sin ferocidad."**

El Juez Superior, en sentencia de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos veintinueve, previa calificación de la delincuencia en segundo grado y con aumento de pena por reincidencia, condenó al procesado a quince años de presidio, como culpable de homicidio voluntario y con aplicación del artículo 600 del Código Penal y demás disposiciones legales concordantes.

El Tribunal Superior, sin variar los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de primera instancia, la reformó para hacer uso de la facultad discrecional que concede al juzgador el artículo 124 del Código Penal, en el sentido de rebajar la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo de la sanción aplicable, y así, condenó en definitiva al procesado a la pena de trece años y medio de presidio, y sus accesorias, sin variar la calificación de la delincuencia en segundo grado y considerándolo reincidente.

En un extenso memorial interpuso Mafla recurso de casación dentro del respectivo término legal enunciando las causales en la forma que se transcribe:

"**Primera causal.** La sentencia proferida por ese honorable Tribunal, consecuente con el fallo de primera instancia, con exigua diferencia, es violatoria de la ley sustantiva, por errada interpretación de la prueba que establece los elementos básicos del delito y reagravación de la responsabilidad y algunas disposiciones de la misma ley, por lo que consecuentemente es erróneo el fallo en la aplicación de las disposiciones que definen y castigan el hecho, que imponen la pena principal.

"**Segunda causal.** No estar la sentencia en consonancia con el veredicto pronunciado por el Jurado y con los hechos constatados en el proceso materia de la controversia, y

"**Tercera causal.** Contener la sentencia en su parte resolutiva disposiciones contrarias, a pesar de haber pedido mi abogado aclaración a ellas oportunamente."

Desentrañando el pensamiento del recurrente por los motivos y consideraciones a veces vagas y generales en que sustenta la casación propuesta, se alcanza a ver que estuvo en su ánimo el invocar la causal 1ª de que trata el artículo 3º, Ley 78 de 1923; y buscando dentro del

cuerpo de su alegato los argumentos admisibles para estudio en casación, llegan a encontrarse los siguientes:

1° Que no está comprobada legalmente la responsabilidad del acusado, aunque lo esté el cuerpo del delito de que se trata, por lo cual afirma que es injusto el veredicto del Jurado; que el Tribunal así debió declararlo, pero que como no lo hizo, la sentencia es injusta en cuanto se dictó sin prueba legal para condenar.

2° Que debió aplicarse el artículo 602 en lugar del 600 del Código Penal.

3° Que no debió computarse la reincidencia para el aumento de la pena, como aparece en la sentencia del Tribunal; y

4° Que la calificación de la delincuencia debió hacerse en tercer grado y no en el segundo.

Para sostener el primero de tales argumentos, después de algunas divagaciones, el recurrente hace la crítica de los principales testimonios que aparecen en el expediente, diciendo que de ellos surgen diferentes premisas, aisladas, las que consecuencialmente—dice—llevan a la inteligencia del juzgador diferentes conclusiones, muy opuestas. Muestra en seguida algunas divergencias en el dicho de los declarantes en lo que atañe a ciertos detalles, como el lugar o sitio preciso en que cayó el herido, que según algún declarante fue junto a la pared y no en la puerta de la cantina situada frente a **Los Dardanelos**, como otros lo afirman; y se detiene luégo en otras consideraciones más o menos inconducentes, para llegar a la conclusión de que el veredicto del Jurado debió declararse injusto por el Tribunal sentenciador.

A todo esto se observa que aun cuando dentro de la instancia se hizo uso del derecho de pedir la declaración de injusticia notoria del veredicto, en manera alguna se ha demostrado que al no haber accedido a hacerla el Tribunal, violó la ley penal, en cuanto el veredicto estuviera reñido con la evidencia de los hechos comprobados en el expediente. No está, pues, fundado el reparo, tanto más cuanto que por regla general el veredicto de los Jueces de hecho es intocable para la Corte, que carece de facultad inmediata y directa para hacer la declaración de injusticia notoria, injusticia que, por lo demás, no aparece en el veredicto proferido en la presente causa.

Y como allí se declaró la responsabilidad del acusado por homicidio voluntario, era del caso condenar en conformidad.

Consiste el segundo motivo en alegar que debió aplicarse el artículo 602 del Código Penal, en armonía con el ordinal 7°, artículo 587 ibíd., en cuanto—dice—las pruebas del proceso demuestran hasta la saciedad que la víctima provocó y desafió a Mafla a riña en la cantina de **Los Dardanelos** y lo persiguió hasta fuera de ella cuando el procesado salió para evitar el ataque de Duque.

La riña que aquí se alega haber existido entre el agresor y la víctima, de ninguna manera se halla demostrada en el proceso, y menos aún que fuera suscitada por provocación del occiso en las circunstancias que contempla el artículo 602 del Código Penal, disposición que viene a ser de todo punto inaplicable debido a las circunstancias en que se cometió el delito. Y así resulta infundado el reparo que por este aspecto se le hace a la sentencia recurrida.

Sostiene la demanda, en tercer lugar, que no debió computarse la reincidencia para aumentar la pena, y dice:

"Para reputar la reincidencia el Juez y el honorable Tribunal no debieron tener en consideración la fecha en que se dictaron tales sentencias (las del primer proceso), sino la fecha en que se ejecutó el delito de heridas en la persona de Bañol, suceso que tuvo lugar en 1916. El delito porque se acaba de juzgarme se perpetró el 25 de junio del año de 1927, o sea a los once años de ejecutado el primero.

"Si el artículo 141, invocado en los fallos, habla de que el número de sentencias ejecutoriadas que se hayan dictado contra el reo, en los diez años anteriores a la ejecución de un delito, dan lugar a reputar la reincidencia y computarla conforme al artículo 142 del Código Penal, no significa ni expresa que para sus efectos se cuenten los diez años únicamente desde la fecha en que se dictó la sentencia anterior hasta la ejecución del nuevo delito. El término debe contarse desde la fecha de la perpetración del delito anterior a la fecha en que se comete el nuevo hecho delictuoso.

"El pensamiento del legislador al interpretar (sic) para fijar el sentido de los artículos 140 y 141 del Código Penal, no podía ser con el espíritu de abolir o violar el espíritu y letra de los artículos 95 y 96 del mismo Código; tal disposición tenía que guardar conformidad con éstas. Hagamos la paridad:

"El artículo 95 dice textualmente:

'En los demás delitos que tengan señalada pena corporal, ésta prescribe por diez años.....'

"El artículo 96 dice:

'La prescripción empezará a correr desde el momento en que el delito o culpa se haya consumado, o frustrado, o se haya practicado el último acto de la tentativa o de la conspiración o proposición cuando éstas sean punibles.....'

"Y respecto a las sentencias dice el artículo 97:

'La pena impuesta por sentencia ejecutoriada prescribe en cuatro años, si es incorporal; y en diez años si es corporal.....'

"De suerte que si en el hecho anterior no se hubiese podido dictar sentencia y ejecutarse, y me hubiese tocado alegar el derecho de prescripción que otorga el artículo 95 transcrito, es lógico que la prescripción la habría fundado en el precepto del artículo 96, o sea desde el momento en que el delito se consumó. De suerte que si esto acontece con la pena principal, es correlativa la efectividad de la prescripción de las consecuencias o incidentes de segundo orden, como es la reincidencia. Entonces es forzoso concluír que es injusta, indebida (sic) y absurdo reputar y computar la referida reincidencia y la aplicación de los artículos 141 y 142 del antedicho Código, por lo tanto, excesiva la pena impuesta."

Al folio 116 y siguientes aparecen las copias de las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas por el Juzgado del Circuito de Ríosucio y por el Tribunal Superior de Manizales, con fechas ocho de marzo de mil novecientos diez y nueve y diez y siete de mayo de mil novecientos veinte, respectivamente, que condenaron a Félix Mafla a tres años de presidio como responsable del delito de heridas en la persona de José Higinio Bañol, con aplicación del artículo 645, inciso 2°, del Código Penal, hecho que ocurrió el día tres de junio de mil novecientos diez y siete.

El Código Penal reputa reincidente al procesado que resulta responsable de uno o más delitos merecedores de presidio o reclusión, después de haber sido condenado a una de dichas penas por sentencia ejecutoriada en los diez años anteriores a la última infracción (artículos 140 y 141). Y así, el primer día del término que fija la ley para el cómputo de la reincidencia, es el de la fecha de la sentencia ejecutoriada que hizo la condenación anterior y no la del día en que se cometió el primer delito, como lo afirma el recurrente. Y no es el caso de interpretar lo que la ley penal tiene dispuesto con toda claridad en los aludidos artículos.

Por lo demás, no es exacto, como parece afirmarlo el recurrente, que la pena privativa de la libertad prescriba siempre por el transcurso de diez años, pues si se trata de delitos cuya sanción máxima pase de cinco (5) años de tal clase de penas, el término de la prescripción corresponde al duplo de ese máximum, según el artículo 95 en su inciso 2º.

Tampoco está fuera de lugar el observar que los fenómenos de la prescripción y de la reincidencia se fundan en motivos de orden diverso. La primera se consuma en un término más o menos largo, según la gravedad del delito, teniendo en mira fines de tranquilidad social; mientras que en el cómputo de la reincidencia solamente se tiene en cuenta un término fijo de diez años que la ley estima necesario para saber si cierta clase de criminales es susceptible de enmienda, o si, por el contrario, viene a ser precisa la reagravación de las penas.

Y como en el caso de autos el Tribunal computó la reincidencia de acuerdo con las prescripciones legales al respecto, pues el nuevo delito se perpetró dentro de los diez años siguientes a la fecha de la sentencia ejecutoriada que condenó a Mafla a tres años de presidio por delito de heridas, tampoco es el caso de infirmar el fallo por lo que a esto respecta.

El cuarto reparo, consistente en que la delincuencia debió calificarse en tercer grado, se apoya en alegar que para aumentarlo es preciso que las circunstancias agravantes aparezcan probadas plenamente, según el artículo 119 del Código Penal, dice la demanda, y agrega:

"No basta que se hagan afirmaciones vagas o sin fundamento; toda declaratoria a este respecto ha de ser basada en pruebas completas y perfectas.....

"No existiendo, como no existen, comprobadas las circunstancias agravantes de alevosía y ferocidad, por lo que no tomó (el homicidio) la denominación jurídica de asesinato; no siendo la fuga circunstancia agravante, y existiendo a mi favor las circunstancias atenuantes de embriaguez, reconocida por el honorable Tribunal en su fallo, la ignorancia, la provocación y ataque a mano armada, la buena conducta observada en el establecimiento y otras más que resultan comprobadas en la causa, es injusta la calificación de la delincuencia en segundo grado. El caso queda comprendido en los incisos 2º y 3º de los artículos 123 y 124 del Código Penal, respectivamente."

Para elevar el grado de la delincuencia tuvo en cuenta el Tribunal la circunstancia de alevosía que se incluyó junto con la de ferocidad en el cuestionario sometido al Jurado; y como éste negara la segunda circunstancia, afirmando a la vez la responsabilidad, consideró el sentenciador que implícitamente afirmaba el Jurado la agravante de alevosía. Pero si se tiene en cuenta la naturaleza propia de esta circunstancia, que califica el homicidio premeditado para convertirlo en asesinato, que por lo mismo no estuvo bien el incluírla en la única cuestión sometida al Jurado, debiendo ser materia de una segunda pregunta que no era del caso formular por tratarse de homicidio voluntario, y que la apreciación de las circunstancias que influyen en la calificación de la delincuencia corresponde al Juez de derecho y no al Jurado, se concluye que el Tribunal estuvo en el deber de examinar si la alevosía se hallaba comprobada en el proceso, en lugar de aceptarla sobre la base de una declaración implícita que en el caso de autos no era de la incumbencia del Jurado.

Y como al examinar el expediente no aparece el ataque engañoso o la maquinación cautelosa de que se valiera Mafla para ultimar a Duque, no es el caso de computar la circunstancia de alevosía, y la calificación de la delincuencia debió hacerse en tercer grado; de donde resulta que por este aspecto es casable la sentencia recurrida.

No está en lo cierto el recurrente cuando afirma que la fuga se tuvo en cuenta para la calificación de la delincuencia, pues no aparece que así lo hubiera hecho el Tribunal en su fallo.

Como se observa que lo repentino del ataque de que fue víctima Duque le apareja al delito cierta mayor gravedad, la Corte, al asumir el papel de juzgador en instancia, que le corresponde al dictar la sentencia de reemplazo, hace uso del poder discrecional que otorga el artículo 124 del Código Penal para aumentar una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimum de la sanción aplicable.

Por consiguiente, las penas que corresponden al procesado son:

Por homicidio voluntario, en tercer grado. .	6 años.
Aumento de la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimum de la pena. . . .	1 año.
Aumento por la reincidencia..	5 años.
O sea, la pena total de..	12 años

de presidio, más las accesorias de rigor, impuestas en la sentencia recurrida.

Por último, se observa que en el capítulo relativo a la segunda causal alegada, o sea, la de no estar la sentencia en consonancia con el veredicto del Jurado, el recurrente divaga en extenso sobre su modo de entender la teoría de las pruebas y los testimonios del proceso, pero desconociendo el verdadero motivo de esa causal de casación, no analiza en forma jurídica ni compara el veredicto con la sentencia para mostrar la desarmonía alegada. Así, no hay materia para estudiar en el fondo esta causal ni tampoco la invocada en tercer término cuyos fundamentos son los mismos de la alegada en primer lugar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente, por la causal primera, la sentencia recurrida, y en su lugar **falla:**

Condénase a **Félix Mafla,** como responsable de homicidio voluntario perpetrado en la persona de Saúl Duque, con calificación de la delincuencia en tercer grado, pero con el aumento de la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimum de la sanción aplicable y con el

correspondiente a la reincidencia, a la pena de doce años de presidio, que sufrirá en el establecimiento de castigo que el Gobierno designe.

Queda firme en lo demás la sentencia que ha sido materia del presente recurso.

Cópiese notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvanse los autos a la oficina de su procedencia.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Vistos:

En la causa seguida contra Marco M. Camargo por el delito de parricidio, el señor Juez Superior de Barranquilla sometió al Jurado de calificación las cuestiones que a continuación se transcriben con sus respectivas respuestas:

"¿El acusado Marco M. Camargo es responsable de haber dado muerte a su legítima esposa, señora Manuela Herrera Ojeda, mediante dos heridas de arma de fuego de pequeño calibre, que produjeron las lesiones a que se refiere la diligencia de autopsia obrante a folios 6 y 7 del expediente; y en la ejecución de ese hecho, ocurrido en esta ciudad el día veintinueve de abril de mil novecientos veintiocho, como a las once de la mañana, procedió el acusado voluntariamente y con premeditación, a sabiendas de que existía el vínculo matrimonial entre el acusado y la víctima?

"Sí es responsable, pero sin premeditación."

"¿El acusado Marco M. Camargo es responsable de haber ejecutado el hecho a que se refiere la cuestión principal, con alguna o algunas de las circunstancias siguientes: con alevosía o a traición y sobreseguro, sorprendiendo indefensa, descuidada o desapercibida a la víctima?

"Sí es responsable, sorprendiendo indefensa y desapercibida a la víctima, pero sin las demás circunstancias."

El Juez, por tratarse de un caso de parricidio voluntario, en acatamiento al veredicto anterior, y con aplicación del artículo 615 del Código Penal, sentenció a Camargo a sufrir la pena principal de veinte años de presidio y a las accesorias consiguientes.

El condenado Camargo apeló de tal providencia para ante el respectivo Tribunal Superior, el cual, con fecha seis de febrero del presente año, la confirmó en todas sus partes.

En tiempo oportuno recurrió el mismo sentenciado ante la Corte, en casación, de la providencia últimamente mencionada, y el recurso le fue concedido.

El asunto, una vez en la Corte, ha recibido la tramitación que le es propia, siendo el momento de resolver lo que fuere legal, a lo cual se procede.

El recurrente manifiesta que la sentencia es violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta y por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar (numeral 1º, artículo 3º, de la Ley 78 de 1923).

Fundamenta esta causal en los términos siguientes:

"El Jurado contestó: 'Sí, sin premeditación.' Acogiendo el veredicto, concluye el Juez de derecho por declarar que el delito que juzga es el señalado en el numeral 1º del artículo 615 del Código de las penas; si en el proceso no se conociera el motivo por el cual Marco M. Camargo, esposo de la víctima, se vio obligado a disparar contra ella dos tiros de revólver, bien estaría la conclusión a que llegó el señor Juez, para la aplicación del artículo 615 del Código sobre la materia. La Corte, al hablar sobre la aplicación de la ley penal, dice: 'No debe buscársele una interpretación restringida en contra del acusado'; y sólo buscando la mayor restricción del texto, es como puede obligarse al castigo de un homicidio voluntario, con la aplicación de la pena capital, cosa que no se puede alcanzar sino mediante el total desconocimiento de los hechos o causas que dieron lugar al delito, y este desconocimiento no se puede poner en práctica al juzgar, porque ello sería ir contra la misma justicia, contra la equidad, contra la conciencia, sería burlar la ley.

"¿Cuál fue el motivo para que la Herrera de Camargo exaltara el ánimo y la serenidad de su esposo? **Ser una infiel**, haberla sorprendido en un cuarto de su habitación con un hombre que no era su esposo, hallarla con Alfonso Escalante, en momentos en que éste satisfacía sus deseos carnales con la adúltera; aun sus ropas no abrochadas denunciaban el hecho, y el testigo Victoriano Páez confirma en su declaratoria lo dicho por Camargo. Aquella mujer que el hoy reo tomó por esposa, no reparó en violar la honra de su marido, la suya propia y de mujer casada; y ya envenenada por el deseo de prostitución, se alza altanera ante el esposo al ver que le recrimina lo pasado, no pára mientes para vulnerarle el honor de la autora de sus días, haciendo la Herrera uso de la frase injuriosa que lanzó contra su marido: "hijo de puta..." ¿Se pueden exigir más motivos forzosos a un hombre para que mate?... Los que sean esposos, los que verdaderamente hayan sentido el amor maternal podrán contestar esta pregunta.

"Si alguna verdad es concisa, es la censura que se ha hecho y se hace a las instituciones penales, compiladas en el Código colombiano que por su antigüedad está asistido. El legislador en el Libro 3º, Título 1º, Capítulo 1º del texto, no señaló la pena que debiera aplicarse al delincuente que procediera contra la vida de su mujer por serle infiel, y es por esta razón que se incurre con frecuencia en mala interpretación de la ley penal, y que se aplique una disposición distinta a la que corresponde al caso.

"Los motivos conocidos, que dieron lugar al hecho fatal de sangre, materia del proceso, y no conociéndose otros capaces de hacer torcer el criterio del juzgador, ponen de manifiesto que el acusado cometió el delito mediante las circunstancias expresas en el ordinal 1º del artículo 587 del Código Penal, o sea en el momento de recibir una ofensa y una deshonra grave por parte de la mujer. Y si el artículo 593 del Código ibídem da al hecho delictuoso la denominación genérica de 'parricidio,' esto no implica para que el caso que se juzga sea castigable al rigor del artículo 615 del Código citado, porque

el delito se castiga es conforme a las circunstancias que lo motivaron y no por la denominación; esto último es cuestión de léxico y lo primero es de derecho, de obra, de base sustancial; pero previendo estos fatales y muy graves errores, el legislador ha dejado la puerta abierta al juzgador, a fin de que la justicia no sea obligada de manera exótica, y en el artículo 618 de la misma obra, ha sido explícito, comprensivo y conciso, cuando dice: 'En los casos no previstos especialmente, el parricidio se castigará con las penas que corresponderían si se tratase de simple homicidio aumentadas en una cuarta parte más.' Si el hecho por el que se me acusa merece la denominación de 'parricidio,' el caso no está previsto especialmente para castigarlo, como lo dije antes; o sea, el marido que mate a la mujer por serle infiel. Entonces el artículo transcrito últimamente indica el procedimiento que debe seguirse para imponer la pena, el cual corresponde al artículo 600 del mismo Código, en la proporción establecida por el artículo 618, y no la aplicación del 615 como se ha hecho, con lo que se ha incurrido en mala interpretación de la ley, aplicando una disposición que no corresponde; porque, como lo dejo demostrado, si corresponde al caso dar aplicación al artículo 618, en armonía con el 600 del Código Penal, que son las disposiciones que concuerdan con el veredicto del Jurado, o sea, para castigar el homicidio voluntario ejecutado mediante las circunstancias del ordinal 1º del artículo 587 del aludido libro, con el carácter de 'parricidio', que es lo que viene a constituír la causal de casación de que trata el artículo 3º de la Ley 78 que dejo citada, por haberse aplicado el artículo 615 del Código Penal y el artículo B del Acto legislativo número 3 de 1910, que no son las disposiciones que la ley señala para castigar el delito por el cual se me hace responsable."

Para resolver, se considera:

El hecho delictuoso de que trata este proceso es el de un homicidio premeditado cometido por Marco M. Camargo en la persona de su esposa legítima, Manuela Herrera Ojeda, por medio de heridas causadas con arma de fuego. Tal es el cargo a que se refiere el enjuiciamiento, cargo que, al ser propuesto al Jurado en el cuestionario respectivo, fue contestado por éste afirmativamente, pero descartando la premeditación. En esa forma apreciado el hecho, es decir, considerado como un homicidio voluntario, dio lugar a la condenación en entrambas instancias. Ahora bien, un homicidio de tal clase, que se realizó en tales circunstancias según el Jurado, recibe, de conformidad con la ley—artículo 593 del Código Penal—la denominación de parricidio, y lleva consigo la pena de veinte años de presidio, sustitutiva de la pena de muerte (artículos 615 del Código Penal y transitorio B del Acto legislativo número 3 de 1910).

Si se alega que la infidelidad de la esposa fue lo que motivó el crimen, hay que advertir que ésta, en las circunstancias del caso que se contempla, no está reconocida por la ley como circunstancia que pueda modificar la esencia del parricidio definido como más grave, o sea el parricidio voluntario, de que trata el artículo 615 precitado, si bien es cierto que en otras circunstancias de flagrante, notoria e inmediata infidelidad puede llegar a exculpar la muerte dada al cónyuge o al cómplice de adulterio. Por otra parte, ni el veredicto ha tenido en cuenta tal circunstancia, ni de los autos aparece que haya existido la infidelidad, ni tampoco que este fuera el motivo que determinó a Camargo a dar muerte a su esposa indefensa y desapercibida, circunstancias estas últimas que sí están reconocidas en el veredicto del Jurado.

Y como el delito de que se trata está sancionado por el artículo 615 del Código Penal, no se puede considerar el caso como de aquellos a que se refiere el 618 ibídem, es decir, como caso no previsto, lo cual se pretende en virtud de circunstancias especiales que, se vuelve a repetir, ni han sido reconocidas por el Jurado de calificación, ni menos aún han tenido siquiera alguna demostración en los autos.

No hay duda de que teóricamente existe razón en lo expresado por el recurrente, porque en verdad un parricida de un homicidio voluntario no debe, en justicia estricta, tener la misma pena de quien realiza tal hecho con premeditación y circunstancias de asesinato, puesto que estos dos últimos casos tienen una gravedad mucho mayor, siendo mayor, por lo mismo la peligrosidad y temibilidad del homicidio. Pero como la ley que debe cumplirse es perentoriamente expresa en el particular, como es en el caso del artículo 615 a que ya se ha aludido en relación con el asunto que se contempla, a tal disposición debe atenerse el juzgador, como se ha dicho por la Corte en negocios similares al presente.

Lo expuesto es suficiente para concluír que la causal alegada no está probada y que, por consiguiente, el fallo que se estudia es legal y debe mantenerse firme.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

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

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto seis de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

En la tarde del día veinte de marzo de mil novecientos veintinueve se hallaban Antonio Giraldo, Gerardo Restrepo, Antonio Mejía y Rubén Galvis cogiendo café en una finca de Isabel Cano, situada en el paraje de La Plata, jurisdicción de Palestina, cuando de improviso se presentó allí José Roberto Obando, quien dirigiéndose a Giraldo, le dijo: "Vos sos un hijo de puta," y acto seguido sacó un revólver y disparándolo cinco veces le causó a Giraldo varias heridas graves y la muerte que sobrevino como consecuencia pocos días después.

Abierta la causa por auto de fecha cinco de julio del mismo año de mil novecientos veintinueve, proferido por el Juzgado 2º Superior de Manizales y confirmado por el Tribunal Superior, el Jurado que en ella intervino profirió su veredicto, así:

"¿El acusado José Roberto Obando es responsable de haber dado muerte, voluntariamente, a Antonio Giraldo, por medio de heridas que le infirió con proyectil de arma

de fuego el día veinte de marzo del corriente año, y a consecuencia de lo cual murió Giraldo el día veintidós de los mismos mes y año, lo que tuvo lugar en el paraje de La Plata, del Municipio de Palestina?"

El Jurado, por mayoría, contestó: "Sí."

En acatamiento al veredicto, el Juez Superior profirió sentencia con fecha siete de diciembre de mil novecientos veintinueve, y condenó al procesado a la pena de seis años de presidio, y sus accesorias, como responsable en tercer grado de homicidio voluntario, con aplicación del artículo 600 del Código Penal; fallo éste que el Tribunal Superior confirmó el catorce de febrero del presente año.

Dentro de la oportunidad legal, Obando interpuso recurso de casación en escrito que es admisible para estudio de fondo, el cual procede a hacerse, agotada como está la tramitación que al caso corresponde.

El recurso se apoya en la causal 1ª, artículo 3º, Ley 78 de 1923, y la demanda la sustenta así:

Después de decir que el Jurado, por mayoría de votos, contestó afirmativamente la pregunta que se le formuló sobre homicidio voluntario, y que la sentencia dio aplicación al artículo 600 del Código Penal, sin tener en cuenta lo dispuesto en su parte final que excluye los casos previstos en alguna disposición especial, continúa el recurrente:

"El Juez de la causa, como Juez de derecho que es, estaba en la obligación de estudiar las piezas informativas del proceso haciendo un análisis de las pruebas recogidas tanto en la investigación sumaria como en las aducidas por la defensa en el término plenario para dictar la sentencia en armonía con aquellas pruebas, sin salirse naturalmente de la contestación o veredicto del Jurado, sin salirse de la órbita que la misma ley le señala, aun prescindiendo de las omisiones o reformas que haya podido hacer el Jurado al cuestionario propuesto en virtud de la facultad concedida a aquél por el artículo 48 de la Ley 169 de 1896, como puede presumirse en el presente caso; pues al Jurado se le propuso la cuestión sobre homicidio voluntario dentro del cual existen varios casos que el Juez al sentenciar debe estudiar a la luz de las pruebas recogidas la disposición que debe aplicar.

"Es verdad, y así lo tiene resuelto la honorable Corte Suprema de Justicia, que la facultad conferida al Juez de apreciar a su juicio los casos menos graves del homicidio simplemente voluntario, entre los definidos en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587 del Código Penal, y que no sean objeto de disposición especial para el efecto de imponer una pena menor, es de tal amplitud, que en la mayor parte de los casos es imposible, dentro de la casación, el determinar qué disposición penal se viola cuando el Juez deja de ejercer dicha facultad, pero no es menos cierto que el Tribunal, en armonía con lo dispuesto en el artículo 163 de la Ley 40 de 1907, debe estudiar también si la ley penal ha sido rectamente aplicada."

En seguida el recurrente invoca en su favor las declaraciones rendidas dentro del plenario a petición de la defensa por Martín Salazar, José Jesús Sanclemente, Luis F. López, Ramón Holguín y Jesús Muñoz Osorio, de donde saca "que el occiso Giraldo en el momento de recibir la herida—dice—me agredió con injurias graves," lo cual ha debido tenerse en cuenta, según su alegación, para aplicar al caso el artículo 602 o el 604 del Código Penal, en lugar del 600 ibídem.

Para resolver se considera:

El relato de los hechos que encabeza este fallo se basa en las pruebas producidas dentro del informativo, no desvirtuadas durante el plenario, y da cuenta de un homicidio perpetrado por medio de un ataque del todo imprevisto para la víctima y precedido de ofensas graves irrogadas por el agresor; ataque tan rápido y tan persistente que no le quedó tiempo a la víctima de ejercitar defensa alguna, pues consta que ni siquiera pudo hacer uso del machete que llevaba al cinto.

Las razones por las cuales el Tribunal desestimó los testimonios aducidos por la defensa dentro del juicio, se hallan consignadas en los siguientes apartes que la Corte acoge y reproduce:

"Estas declaraciones no dan cuenta de cómo principió el suceso y están en desacuerdo en cuanto al tiempo, lugar y modo como se quiso establecer la modalidad de la legítima defensa.

"El hermano político del reo contó la historia de lo ocurrido en los mismos términos que el finado y los testigos Mejía y Restrepo, y como ninguno de ellos fue tachado por la defensa, es preciso concluír que sí dijeron la verdad con todos sus detalles, y en esa prueba bien pudo basarse la mayoría del Jurado para proferir el veredicto sin ninguna modalidad.

"A raíz del acontecimiento, ni al mismo reo se le ocurrió señalar como testigos sabedores del hecho a los traídos más tarde por la defensa, y ello sugiere la idea de que al contestar el cuestionario, hayan estado un poco distanciados de la verdad, ya que no dan razón de sus dichos, hay vaguedad en sus afirmaciones y discrepan notablemente en todas las circunstancias características del delito."

Por consiguiente, queda en pie el delito de homicidio voluntario, sin modalidad alguna de atenuación especial. No está acreditado de ninguna manera que hubiese riña entre Obando y Giraldo, y menos que éste fuera el promotor de ella en las circunstancias de que trata el artículo 602, disposición que, por lo mismo, no viene a ser aplicable, como lo alega el recurrente; y tampoco lo es el artículo 604, por cuanto el veredicto en ninguna forma contiene los elementos contemplados en tal disposición de carácter especial para atenuar considerablemente la responsabilidad por homicidio voluntario. Más bien las circunstancias en que se cometió el delito aumentan la intensidad del dolo en lugar de disminuírla, y por ello no era del caso buscar la aplicación de disposiciones de carácter especial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, que ha sido materia del presente recurso.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio siete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

Los señores Alzamora Palacio & Compañía, del comercio de Barranquilla, por medio de apoderado, demandaron a la Nación ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se la condenara a pagarles la suma de mil ciento treinta y un pesos con noventa y siete centavos ($ 1,131-97) oro, más los intereses legales hasta el día del pago.

Se consignaron en el libelo los siguientes hechos:

"1° La firma Alzamora Palacio & Compañía, de Barranquilla, durante el año de 1920, pagó a la Aduana de Barranquilla, por exceso en diferentes impuestos, las siguientes partidas:

"En enero de 1920.. .. ..$	... 10
"En marzo de 1920..	802 50
"En mayo de 1920..	2 91
"En el mismo mayo..	14 36
"En agosto de 1920..	2 59
"Suma total.. .. ..$	822 46

"Esta cantidad de $ 822-46 fue ordenada devolver a los mismos Alzamora Palacio & Compañía, por Resolución número 321, de 15 de febrero de 1924, de la Contraloría General de la República.

"2° Los mismos señores Alzamora Palacio & Compañía pagaron de más en la liquidación del manifiesto número 19, del vapor Lake Héctor, en 29 de septiembre de 1920, la cantidad de trescientos nueve pesos con sesenta y siete centavos ($ 309-67) oro, y que fue ordenada devolver a mis mandantes, por resolución de la Administración de Aduana de Barranquilla, número 758, de 16 de septiembre de 1924, confirmada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en 11 de noviembre de 1924.

"3° El apoderado de Alzamora Palacio & Compañía, en el año de 1925, señor Gabriel Carrizosa, presentó las respectivas cuentas de cobro ante el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, por separado y por las dos partidas anotadas de $ 822-46 y $ 309-97, donde giraron las órdenes de pago números 905|1227 y 870|1022, de fechas 5 y 16 de enero de 1925, por las cantidades dichas, respectivamente, pero a favor de G. Camargo.

"4° En la Sección 4ª del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de Contabilidad, donde se giran y entregan las órdenes de pago, bajo recibo siempre, entregaron la orden de pago número 870 el día 10 de enero de 1925, sin que haya constancia de la persona a quien se haya hecho la entrega, y la número 905 desapareció sin dejar huella ni noticia de la persona que la sustrajo o recibiera.

"5° Las citadas órdenes de pago fueron pagadas en la Tesorería General de la República, por medio de los cheques números 208 y 814, de fechas 13 y 23 de enero del año de 1925, girados contra el Banco de la República, quien los pagó a G. Camargo, como apoderado de Alzamora Palacio & Compañía, como dicen en esa Oficina.

"En vista de las repetidas averiguaciones hechas por el señor Gabriel Carrizosa, apoderado de Alzamora Palacio & Compañía, se vino en conocimiento de los hechos anteriores, números 3, 4 y 5. Como según tales hechos las órdenes de pago han debido girarse a favor de Alzamora Palacio & Compañía, o de su apoderado señor Gabriel Carrizosa, como decían las respectivas cuentas de cobro y el hecho de haberse girado a persona distinta del dueño, o de su legítimo representante, el mismo señor Carrizosa se dirigió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pidiendo se le pagara a él, como representante legal del dueño del dinero, a lo que recayeron las famosas Resoluciones de 28 de octubre de 1925 y 30 de los mismos mes y año."

Dada en traslado la demanda al señor Fiscal, éste contestó negando el derecho invocado y oponiéndose a las peticiones contenidas en ella, respondiendo a los hechos en la forma siguiente:

"Los marcados con los números 1 y 2 son ciertos.

"El 3° lo acepto, menos en la parte en que se insinúa que las órdenes de pago se giraron a persona distinta del representante de la sociedad demandante. El apoderado de esta sociedad era el señor Gabriel Carrizosa y el demandante dice que las órdenes de pago y los cheques se giraron a G. Camargo, pero tal aseveración no está comprobada.

"El 4° No me consta.

"El 5° Lo acepto, menos en la parte que dice se pagó a quien no era apoderado de la parte demandante;

"Y el hecho 6° no me consta en su mayor parte: solamente lo acepto en que se han reclamado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de que este Ministerio ha dictado las resoluciones de que en tal hecho se habla."

Y terminó proponiendo las excepciones de inexistencia y pago de la obligación demandada.

Pero el mismo señor Fiscal, al alegar de conclusión, se produjo en la siguiente forma:

"Según los documentos que ha presentado al juicio la parte demandante, el Gobierno giró las órdenes de pago números 870 y 905, en enero de 1925, para pagar ese crédito, y en la Tesorería se pagaron las órdenes por medio de cheques números 208 y 814, también de enero citado; pero resulta que se pagó a persona que no era el acreedor ni su representante, sino a un tal G. Camargo, empleado en esa época del Ministerio, quien por medio de fáciles argucias dentro de la oficina, se puso o se hizo poner representante de la sociedad ya nombrada.

"Ante eso, que está bien probado hasta con documentos auténticos del mismo Gobierno, no queda otro camino que pagar al verdadero acreedor y perseguir criminalmente al sujeto G. Camargo, aunque sea para que no venga al país a repetir sus fechorías, pues se ausentó por el motivo indicado y quién sabe por cuántos otros de la misma clase.

"Como representante del Estado ante vosotros y también como representante de la sociedad y de los derechos de los asociados, no puedo decir más que lo que queda expuesto."

El Tribunal terminó la primera instancia con el fallo que por consulta ha subido a esta Superioridad y en que condenó a la Nación al pago de la suma demandada, absolviéndola del pedimento sobre intereses, y ordenando compulsa de lo conducente para la investigación del delito que pudiera haberse cometido.

Cumplida aquí la tramitación de regla, se procede a dictar el fallo de segunda instancia, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

Como se desprende del auto de la Contraloría General de la República, de fecha 15 de febrero de 1924, por el que se fenecieron las cuentas de la Aduana de Barranquilla, correspondientes al año de 1920, los señores Alzamora Palacio & Compañía pagaron un exceso de impuestos de aduana de ochocientos veintidós pesos con cuarenta y seis centavos ($ 822-46) oro, debido a errores aritméticos cometidos en la liquidación de varios manifiestos de importaciones de mercancía por aquella Aduana verificadas en los meses de enero, marzo, mayo (dos importaciones) y agosto del año de 1920.

Igualmente aparece de la Resolución número 758, de 16 de septiembre de 1924, de la Administración de la Aduana de Barranquilla, aprobada por la de fecha 11 de noviembre del propio año, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que los señores Alzamora Palacio & Compañía pagaron dos veces los derechos de aduana que causó la importación de la mercancía amparada con el manifiesto número 19, de 29 de septiembre de 1920, y que tal pago doble se debió a error numérico cometido en una primera liquidación de derechos, pues se liquidaron trescientos nueve pesos con sesenta y siete centavos ($ 309-67) oro, suma que pagó la Casa demandante, debiendo haberse liquidado, como después se hizo, la cantidad de trescientos treinta y siete pesos con nueve centavos ($ 337-09), que también pagó en su totalidad la misma Casa importadora, siendo así que sólo estaba obligada a cubrir la diferencia que acusaban las cantidades de las dos liquidaciones.

De modo que por concepto de exceso y de pago doble, la Casa demandante pagó al Tesoro Nacional la suma no debida de mil ciento treinta y dos pesos con trece centavos ($ 1,132-13), suma que tanto en virtud de preceptos civiles de carácter general, como por fuerza de lo que estatuye el artículo 11 de la Ley 113 de 1919, se vieron obligados a ordenar devolver a la Casa demandante, tanto el Departamento de Contraloría, en el auto de fenecimiento citado, como la Administración de la Aduana de Barranquilla en la Resolución 758 susodicha.

Fundados en tales autos y resoluciones Alzamora Palacio & Compañía, por medio de su apoderado el señor Gabriel Carrizosa, promovieron el cobro administrativo, formulando al efecto las cuentas del caso, en vista de las cuales en el Ministerio de Hacienda extendieron las órdenes de pago números 870|1022, de 10 de enero de 1925 y 905|1227, de 16 de enero del propio año; pero resulta que dichas órdenes no se expidieron a favor de Gabriel Carrizosa, quien como apoderado de la Casa demandante había formulado las cuentas, sino a favor de G. Camargo, que no tenía personería alguna para recibirlas.

Así las cosas, surgió la cuestión de saber si la Nación quedaba libre de la obligación de reintegrar a Alzamora Palacio & Compañía, con el pago hecho a G. Camargo. Tal cuestión originó este juicio, que para desatarlo basta recurrir al nítido precepto del artículo 1634 del Código Civil, que contempla los varios casos en que el pago es eficaz o válido, ninguno de los cuales se presenta en autos, pues G. Camargo no tenía relaciones algunas con la Casa demandante, antes está plenamente acreditado que el representante de ésta era Gabriel Carrizosa, por lo que hay que concluír con el extremo jurídico de que el pago hecho a G. Camargo de la suma que se debía a Alzamora Palacio & Compañía no tuvo validez alguna, o en otros términos, no libertó a la Nación de la obligación que la vinculaba con la Casa de comercio expresada.

Establecido que el pago hecho por la Nación no tuvo efecto alguno, queda establecido también la improcedencia de la excepción de pago propuesta por el señor Fiscal; ni es procedente la inexistencia de la obligación, precisamente por haberse acreditado en autos lo contrario, como se deja examinado en este fallo.

Habiendo limitado el demandante su demanda a la cantidad de mil ciento treinta y un pesos con noventa y siete centavos ($ 1,131-97) oro, está bien la condenación del Tribunal por esa suma.

Respecto al otro extremo de la sentencia relativo a los intereses de la suma demandada, no entra la Sala a examinarlo, por no ser desfavorable a la Nación, ni haberse apelado por el demandante.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha cinco de septiembre de mil novecientos veintinueve.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio siete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

Provisto de los documentos demostrativos de su carácter, el señor doctor Julio César Camargo, en libelo de fecha veintitrés de agosto de mil novecientos veintisiete, en nombre y representación del Municipio de Tinjacá ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, demandó al Departamento de Boyacá para que, con audiencia de su representante el señor Fiscal del Tribunal dicho, se hicieran las siguientes declaraciones:

'Primera. Que se condene al Departamento de Boyacá, demandado, a pagar a mi mandante la cantidad de ciento setenta y tres pesos con treinta y cuatro centavos ($ 173-34) moneda corriente, que le debe del diez por ciento del producto bruto de la renta de licores destilados en el año de mil novecientos veintiséis, y que le corresponde legalmente por la participación que tiene en dicha renta, de acuerdo con el producto bruto a que ascendió.

"Segunda. Que la participación a que tiene derecho el Municipio de Tinjacá, mi poderdante, no es sobre el consumo de la renta de licores destilados allí, sino sobre el diez por ciento del pruducto bruto de la misma renta en el Departamento.

"Tercera. Que se obligue a pagarle a mi mandante, además, los intereses de la cantidad precitada, desde que el deudor se constituyó en mora hasta el día del pago y a la rata que fije la sentencia; y

"Cuarta. Que ordene que el pago se haga dentro de los seis días siguientes al en que quede ejecutoriada la sentencia definitiva que recaiga en este juicio."

Base jurídica de la acción instaurada, es lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley VIII de 1909, según el cual "del producto bruto de las rentas cedidas por esta Ley a los Departamentos, se destinará el diez por ciento de la de licores y degüello para los Municipios."

Y como hechos generadores de la acción citó los siguientes:

"1º El diez por ciento del producto bruto de la renta de licores destilados a que tiene derecho el Municipio de Tinjacá en el año de mil novecientos veintiséis, alcanza a la suma de doscientos cincuenta y cuatro pesos con treinta y cuatro centavos ($ 254-34).

"2º El Municipio de Tinjacá solamente recibió la suma de ochenta y un pesos ($ 81) por cuenta del diez por ciento en la renta de licores destilados, en el año de mil novecientos veintiséis.

"3º El producto bruto total de las rentas de licores destilados en el Departamento, ascendió a la suma de trescientos quince mil doscientos noventa y un pesos en el año de mil novecientos veintiséis, según aparece del informe rendido por el señor Secretario de Hacienda al señor Gobernador del Departamento, en enero último.

"4º El pago al Municipio de Tinjacá se hizo por el estanquero respectivo, mediante la presentación de recibos o cuentas de cobro escritos por el Tesorero Municipal y visados por el Alcalde y por el Presidente de la Municipalidad; y

"5º El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja, en sentencia de fecha veintisiete de julio del corriente año, declaró nulo el parágrafo del artículo 9º de la Ordenanza 14 de 1926."

Admitida la demanda y corrido el traslado de ella, el señor Fiscal, representante del Departamento, en su contestación se opuso a que se hagan las declaraciones pedidas; negó algunos hechos, y acerca de otros, manifestó no tener conocimiento de ellos, y entre otros comentarios, hizo estos: que con las declaraciones solicitadas, al hacerlas, se violaban las Ordenanzas 23 de 1911 y 14 de 1926, y los decretos reglamentarios de la última, números 62 y 202 de 1926, actos que se hallan vigentes, por no haber sido declarados nulos por la autoridad competente para ello; que los artículos 2º y 3º de la Ordenanza 23 de 1911 dejan comprender muy bien que el diez por ciento que a cada Municipio corresponde, es el diez por ciento de lo que en el mismo Municipio produzca el remate de la renta de licores; que a esta conclusión se llega con la lectura simple de las disposiciones citadas, las cuales se refieren al caso de que la renta haya sido rematada; que el artículo 9º de la Ordenanza 14 de 1926 determina el tanto por ciento que puede tomarse de la renta de licores para la administración de la misma, e indica que ese porcentaje se tomará deducidos los gastos de producción; que el artículo 27 del Decreto número 202 de 1926 detalla la operación aritmética que debe hacerse para sacar el diez por ciento que corresponde al respectivo Municipio, e indica el lugar en que debe hacese el pago, a quién debe hacerse y cuáles deben ser las formalidades de la cuenta de cobro respectiva.

Trabada la litis así, recogidas las pruebas que se adujeron oportunamente, satisfecha toda tramitación de la primera instancia, el Tribunal Superior desató el juicio, en sentencia de fecha cinco de junio de mil novecientos veintiocho, absolviendo al Departamento de todos los cargos formulados en la demanda. Sentencia que, recurrida en apelación, subió a la Corte, donde, legalmente sustanciada la instancia con nueva dilación probatoria, va a revisarse en sus fundamentos, previas las siguientes consideraciones.

Al hacer el análisis de las pruebas suministradas por el actor para demostrar los hechos fundamentales de su demanda, el Tribunal estampó estos comentarios:

"El informe del Secretario de Hacienda de Boyacá, rendido en el año de mil novecientos veintisiete, del cual vinieron algunos apartes en copia, por solicitud del demandante, expresan ciertamente que la renta de destilados produjo en el año de mil novecientos veintiséis trescientos quince mil trescientos noventa y un pesos con setenta y cuatro centavos ($ 315,391-74), pero además de que éste no es el documento apropiado para demostrar resultados que sólo pueden establecerse con los libros de contabilidad correspondientes, es preciso observar que, como el mismo informe lo dice, en el año de mil novecientos veintiséis se varió el sistema de administración de la renta, porque de los contratos de arrendamiento se pasó a la administración directa. Desde cuando este cambio se efectuó, el Departamento, o bien compraba los licores para revenderlos o bien los elaboraba él mismo, y en uno y otro caso debía invertir dinero en la producción de los alcoholes, de manera que no todo lo producido por su venta podía ser considerado como renta, desde luégo que ésta es un producto del capital, no el capital mismo. En otros términos: si el Departamento compraba una botella, verbigracia, en treinta centavos y la vendía en setenta, de estos setenta, treinta representaban el capital invertido y el resto eran la renta bruta. Cuando el Departamento comenzó a fabricar él mismo los alcoholes, lo que se dice de los treinta centavos de la compra de la botella, puede decirse del valor de las materias primas empleadas en la producción.

"Ahora bien: el doctor Camargo no ha demostrado en forma alguna cuántos fueron los gastos de producción de licores destilados en el año de mil novecientos veintiséis, y sin conocer la cifra a que ellos alcanzaron, es imposible saber cuál fue el producto bruto de la renta en el Departamento. No habiéndose traído tampoco prueba alguna respecto del producido de la renta en el Municipio de Tinjacá, es claro que no puede saberse si es verdad, como lo afirma la demanda, que el Departamento le deba al Municipio la suma de ciento setenta y tres pesos con treinta y cuatro centavos.

"Por lo demás, el demandante, para obtener la suma de doscientos cincuenta y cuatro pesos con treinta y cuatro centavos, en que estima la participación de Tinjacá en el año de mil novecientos veintiséis, cometió varios errores: consideró como prueba del monto total de la renta el informe del Secretario de Hacienda, cuando ese monto no podía obtenerse sino de los asientos legales en los respectivos libros de contabilidad; entendió como renta bruta el producido total del consumo de los alcoholes, sin descontar el capital invertido en la producción, y por último, creyó que la participación de cada Municipio debía ser el cuociente que resultara de dividir el diez por ciento de la renta departamental por el número de Municipios del Departamento. A esta última conclusión llegó por interpretación del artículo 12 de la Ley 8ª de 1909, que dice:

"Del producto bruto de las rentas cedidas por esta Ley a los Departamentos, se destinará el diez por ciento de la de licores y degüello a los Municipios."

"Como se ve, la Ley no dijo que hacía la destinación del diez por ciento (10 por 100) a los Municipios por **partes iguales**, como lo ha creído el demandante. El Gobierno de Boyacá entendió que la participación de ellos debería ser proporcional al consumo de cada cual, y en su Decreto 202 de 1926 dispuso que el pago de la participación se hiciera en el respectivo Municipio por el asentista, previo, eso sí, el descuento del cincuenta por ciento en que estimó los costos de producción. Tal disposición, en cuanto establece que los Municipios reciban en proporción a lo que producen, la encuentra el Tribunal acorde con los sanos principios de la justicia distributiva, y con el artículo 12 citado, que nada dijo en contrario. En cuanto a la estimación del costo de producción, es visible lo arbitrario del procedimiento, más eso en nada influye con relación a este fallo por lo ya dicho, y porque no es el Tribunal Superior el competente para anular disposiciones administrativas que estime inconvenientes o injustas.

"Si, pues, no se ha demostrado que lo que legalmente corresponda a los Municipios en la renta de licores destilados no es el diez por ciento del monto de ella en cada uno, sino la suma que resulte al dividir el total de la renta en el Departamento por el número de Municipios; ni se ha establecido cuál fue el producto bruto en el Departamento o en cada Municipio, ya que ni el dato estadístico dado por la Gerencia de Rentas sirve al efecto, pues allí no se deduce el costo de producción, ni, en fin, se ha demostrado cuál sea en consecuencia la suma que a Tinjacá ha debido corresponderle como participación en el año de mil novecientos veintiséis, es lo conducente a absolver al demnadado de los cargos contenidos en la demanda."

La Corte, para resolver el recurso, acoge estos comentarios, y agrega, además: el señor Fiscal del Tribunal, cuando contestó la demanda, estampó estos conceptos:

"Me opongo a que se hagan las declaraciones demandadas, porque con dichas declaraciones se violarían las Ordenanzas 23 de 1911 y 14 de 1926, y los Decretos reglamentarios de la última, números 62 y 202 de 1926, actos éstos que se hallan en vigencia, por no haber sido declarados nulos por la autoridad competente para ello."

Ya desde la primera instancia el actor había traído a los autos copia de la sentencia proferida por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Tunja, con fecha veintisiete de julio de mil novecientos veintisiete; empero, como en su parte resolutiva se dispuso que se consultara tal fallo con el Consejo de Estado, no obstante el auto para mejor proveer dictado por esta Sala, ha sido imposible obtener el dato acerca de la resolución definitiva que comportara la cosa juzgada en el negocio relativo a la validez del parágrafo del artículo 9º de la Ordenanza número 14 de 1926; y de consiguiente, hay que admitir como cierto lo aseverado por el señor Fiscal respecto a la vigencia de tal disposición, para deducir luégo que mientras no fuera anulada produciría todos sus efectos, y que las declaraciones pedidas equivalían a que el Poder Judicial hiciera tal anulación, sin tener competencia para ello.

Es preciso observar que las consecuencias jurídicas de las alegaciones del señor Fiscal son verdaderamente trascendentales con respecto a la decisión final de este negocio, porque si la declaratoria de nulidad de las disposiciones administrativas que, según el demandante, vulneran los derechos del Municipio de Tinjacá es previa, o debe ser anterior al nacimiento del derecho de tal Municipio; y si tal declaración debe corresponder a la jurisdicción contencioso administrativa, pedir al Poder Judicial que reconozca tales derechos, sin la demostración plausible de que esas disposiciones fueron anuladas, equivale a exigirle que, teniéndolas por nulas, reconozca los derechos que se dice ellas menoscaban. Y si el nacimiento del derecho del Municipio está subordinado a la declaración de nulidad dicha, es porque esta declaración es elemento esencial al nacimiento del derecho, algo así como la causa generadora de la obligación del Departamento respecto del Municipio demandante.

Y por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia que se revisa.

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

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio siete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

El señor Fiscal del Tribunal Administrativo Seccional de Bucaramanga remitió al señor Procurador General de la Nación una documentación que contiene copia del acta del escrutinio formada por el Jurado Electoral del Municipio de San Miguel, en la elección de Concejeros del expresado Distrito, acta en la cual fue escrutado, y consiguientemente declarado electo Concejero principal, el señor Andrés Maldonado; y copia de las sentencias dictadas en primera y segunda instancia por el Juez 1º del Circuito de Málaga y el Tribunal Superior de Bucaramanga, con fechas diez y nueve de agosto y quince de octubre de mil novecientos veintiséis, respectivamente, por las cuales fue condenado el dicho Maldonado como responsable de delitos contra la hacienda pública municipal, á sufrir, entre otras penas, la de privación perpetua de los derechos políticos, la de inhabilitación para elegir y ser elegido, y para ejercer empleo, función, comisión o cargo público.

La respectiva nota remisoria es del siguiente tenor:

"A fin de que se sirva resolver la Corte Suprema de Justicia respecto de la nulidad del escrutinio y elección de Andrés Maldonado para el cargo de Concejal del Municipio de San Miguel, por haber perdido a perpetuidad los derechos políticos cuando esa elección tuvo lugar, remito a usted, en cumplimiento del ordinal 2º del artículo 74 del Código Penal, las diligencias adjuntas en once fojas útiles."

El señor Procurador envió las diligencias a la Corte, y llevado el asunto a conocimiento de la Corte Plena, dispuso ésta, por resolución de fecha ocho de mayo último, que pasaran las diligencias a la Sala de Negocios Generales. Previo el repartimiento del caso, procede esta última Sala a decidir lo que estima pertinente.

Aunque es verdad que el ordinal 2º del artículo 74 del Código Penal (Ley 19 de 1890), atribuye a la Corte Suprema la declaración de nulidad de la elección cuando el elegido ha sido inhabilitado por sentencia judicial para ejercer empleo público, y se trata de empleos de elección popular, dicho texto legal ha sido modificado por

disposiciones posteriores, tales como los artículos 38, inciso c) de la Ley 130 de 1913 y 189 de la Ley 85 de 1916, disposiciones éstas que han atribuído a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de las demandas de nulidad de las votaciones y actas de escrutinio de los Jurados de Votación, Jurados y Juntas Electorales, aun cuando la causal alegada sea la de inhabilitación o impedimento para ser elegido, como aparece claramente del artículo 183 de la Ley 85 citada, en relación con el 189 de la misma Ley.

En razón de lo dicho, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se declara incompetente para conocer de este negocio.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la **Gaceta Judicial.**

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio once de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En acuerdo número 81, de fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos veintinueve, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en la solicitud hecha por el señor Nicolás Guerrero R., mediante apoderado y para que se le reciba como abogado consagrado, dicha corporación, después de analizar las pruebas aducidas como fundamento del derecho, resolvió no ser el caso de admitir al señor Guerrero R. en tal condición.

Notificado de esta providencia el apoderado doctor Juan A. Benavides Macea, en memorial de fecha cinco de febrero del año en curso, solicitó reconsideración y revocatoria de lo resuelto por el Tribunal, y subsidiariamente interpuso recurso de apelación. Negadas ambas peticiones en proveído de fecha once de los mismos mes y año, en tiempo hábil solicitó el apoderado las copias correspondientes, y con ellas y en la oportunidad que al respecto señala la ley, ha ocurrido de hecho ante la Corte, donde tramitado el negocio en la forma debida, se procede a resolver lo que se estima jurídico en orden a las pretensiones del recurrente.

Admitido como se halla que el recurso de apelación fue interpuesto en tiempo hábil y que oportunamente también fue introducido el recurso de hecho, de acuerdo con el artículo 906 del Código Judicial, resta solamente averiguar si la providencia del Tribunal está sujeta al recurso de apelación.

Para sostener la afirmativa, el apoderado razona así:

"La solicitud de permiso para poder ejercer la profesión de abogado queda sometida su tramitación a lo que dispone el artículo 7° de la Ley 62 de 1928, o sea que se da noticia al público por medio del periódico oficial de la solicitud y quince días después de la publicación se ordenará la inscripción si no hubiere oposición, pero si la hubiere, se abrirá el negocio a prueba por nueve días. La tramitación de esta clase de demanda es la de un verdadero juicio, porque aunque es verdad que no siempre hay términos de prueba, cosa que pasa también con las otras demandas en que el demandado consiente las pretensiones del demandante, es un juicio que tiene por objeto decidir las controversias que se susciten sobre los derechos conferidos por la ley sustantiva: la 62 de 1928.

"De todas maneras el Tribunal tiene que resolver las solicitudes por medio de una providencia que puede llamarse como se quiera o tener la forma externa de un acuerdo, pero siempre es una decisión o un fallo sobre la controversia que ha sido materia del juicio (artículo 824 del Código Judicial).

"Por regla general, toda providencia de una autoridad judicial es apelable, principio que se funda en la defensa natural de todos los derechos y en la posibilidad de que el hombre cometa error involuntario; por consiguiente, para que en el presente caso no hubiera derecho a esa apelación, era preciso que existiera una disposición expresa que lo negara. Por el trámite que se sigue en las peticiones para poder ejercer la abogacía, se observa que quedan igualadas a los juicios ordinarios, y sus fallos, por lo tanto, son sentencias definitivas, pues hay términos de prueba o puede haberlos. Y como las sentencias definitivas son apelables (artículo 44 de la Ley 40 de 1907), claro que tengo derecho a apelar del proveído del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que le negó el derecho a ejercer la abogacía al doctor Nicolás Guerrero. El reconocimiento del derecho a alegar en causa ajena, reglamentado por la Ley 62 de 1928, sigue los trámites en ella señalados y puede convertirse en juicio contradictorio cuando media oposición a ese reconocimiento."

En los casos normales, es decir, cuando no hay contradicción o controversia, se trata del ejercicio de la jurisdicción voluntaria tendiente a obtener el reconocimiento de un derecho preexistente.

Estos asuntos cuyo conocimiento está atribuído a los Tribunales, no constituyen instancia desde luégo que se deciden mediante acuerdo, y esto aparece de manifiesto en la disposición del artículo 333 de la Ley 105 de 1890, que al definir lo que es instancia, declara que ésta termina por una sentencia; y entre acuerdo y sentencia existe la diferencia de que el primero se refiere a la deliberación y resolución de los Magistrados sobre asuntos de aplicación general u otros distintos de la sustanciación, vista y fallo de los pleitos y causas, y la segunda hace referencia a esta última clase de negocios.

Además, según las disposiciones relativas a la organización judicial y a los recursos, los acuerdos, salvo disposición contraria, no son revisables por el superior, como sí lo son los autos y las sentencias proferidos en juicio, a menos que la ley disponga otra cosa.

No tratándose, pues, de instancia en juicio, no es el caso de dar aplicación al artículo 7° de la Ley 169 de 1896, según el cual la Corte Suprema conoce en segunda instancia de los asuntos de que conocen los Tribunales Superiores en primera.

Y por consiguiente hay que concluír que el Acuerdo de que se trata no es apelable.

Por todo lo expuesto, la Sala de Negocios de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no admite el recurso de hecho interpuesto y del cual se ha hecho mención.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente archívese.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Imprenta Nacional.

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, septiembre 3 de 1932. | Número 1867

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Jeremías de J. Pardo, a título de cesionario de los derechos de Bárbara Juliana Pardo, en la sucesión de Mamerto Pardo, en nombre propio y en el de la sucesión de éste, entabló ante el Juez 1º del Circuito de Cáqueza juicio ordinario que contiene estas acciones:

1ª Reforma del testamento nuncupativo otorgado por Ignacio Pardo ante el Notario del Circuito de Fómeque en escritura pública número ochocientos noventa y tres de fecha dos de noviembre de mil novecientos veinte, en el sentido de que la sucesión de Dolores Pardo no tiene derecho alguno en la sucesión de Ignacio Pardo, por virtud de la institución de heredero que éste hizo a favor de aquélla conjuntamente con el legitimario Mamerto Pardo, según la cláusula primera del citado testamento, porque en virtud de dicha institución de heredero, el legitimario citado o su sucesión no recibiría lo que por ley le corresponde.

2ª Reforma también de ese testamento en el sentido de que se complete la legítima efectiva del heredero Mamerto Pardo, hoy de su sucesión, reduciendo los legados que el testador hizo a favor de Eliecer Pardo Calderón, Teresa Pardo Rodríguez, Camilo Cruz e iglesia de Choachí, hasta la cantidad que constituya la cuarta de libre disposición, por no haber dejado el testador al legitimario Mamerto Pardo lo que por ley le corresponde.

3ª Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, al verificarse la liquidación, distribución y adjudicación de los bienes de las sucesiones acumuladas de Ignacio Pardo P. y Dolores Pardo y de su hijo Mamerto Pardo se hagan las deducciones correspondientes a los legados hechos por el testador, y se prescinda de la institución de heredero de que trata el punto primero, hecha a favor de Dolores Pardo.

4ª Costas.

Se designaron como demandados: los representantes de la sucesión testada de Ignacio Pardo P., a saber: Bernardo Pardo, sucesión ilíquida e intestada de Patrocinio Pardo, representada por José Ignacio Pardo; Gregorio Pardo, cesionario de parte de los derechos que correspondían a Dolores Pardo en la sucesión de Ignacio Pardo P.; Eliecer Pardo Calderón, en su carácter de legatario y albacea de Ignacio Pardo; Camilo Cruz y Teresa Pardo Rodríguez, como legatarios del propio causante; iglesia de Choachí, representada por el Arzobispo de Bogotá, como legataria también.

Se basa la demanda en estos hechos:

Primero. Por escritura pública número ochocientos noventa y tres, de fecha dos de noviembre de mil novecientos veinte, otorgada en la Notaría de Fómeque, el señor Ignacio Pardo P. otorgó su testamento nuncupativo.

Segundo. En dicho testamento, el testador, después de hacer la relación de sus bienes, instituyó en la cláusula primera por sus únicos y universales herederos a su esposa Dolores Pardo y a su hijo legítimo Mamerto Pardo, con lo cual viene a quedar afectada la legítima rigorosa y la cuarta de mejoras que conforme a la ley corresponden al nombrado Mamerto Pardo como legitimario.

Tercero. El testador hizo en las cláusulas cuarta, quinta, sexta y octava del precitado testamento los siguientes legados: para la obra de la iglesia de Choachí, el potrero llamado **Casablanca**; a la señorita Teresa Pardo Rodríguez, la nuda propiedad de las casas de habitación de adobe y teja, bahareque y paja, situadas en la vereda de **Díaz**, en jurisdicción de Choachí, y la nuda propiedad de los corrales o huertas anexos a las referidas casas, nuda propiedad que debía consolidarse a la muerte de Mamerto, hijo legítimo del testador; a Leoncio Eliecer Pardo, el potrero llamado **Los Arrayanes**; y a Camilo Cruz, como remuneración de los servicios prestados al testador, un toro zardo.

Cuarto: Por muerte del testador, señor Ignacio Pardo P., acaecida en el Municipio de Choachí con fecha cinco de julio de mil novecientos veintiuno, se promovió el correspondiente juicio de sucesión, el que se halla pendiente en su Juzgado.

Quinto. El día once de abril de mil novecientos veintidós falleció la señora Dolores Pardo de Pardo bajo disposición testamentaria y, seguida la sucesión correspondiente, fue acumulada a la del señor Ignacio Pardo P.

Sexto. El señor Mamerto Pardo, hijo único de los causantes Ignacio Pardo P. y Dolores Pardo, falleció con posterioridad a éstos, el día veintidós de mayo de mil novecientos veintidós, y su sucesión intestada se acumuló a las anteriores.

Séptimo. Mamerto Pardo aceptó la herencia de Ignacio Pardo P.; y en el juicio de sucesión de éste fue reconocido como heredero universal, en auto de fecha diez y siete de mayo de mil novecientos veintidós.

Octavo. El mismo Mamerto Pardo falleció sin haber aceptado la herencia de su madre, la señora Dolores Pardo de Pardo y, por tanto, transmitió a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia.

Noveno. Por autos de fechas trece de junio y diez y ocho de julio de mil novecientos veintidós, ese Juzgado declaró a los señores Patrocinio Pardo y Bernardo Pardo, respectivamente, herederos de Mamerto Pardo, en su carácter de colaterales de grado más próximo.

Décimo. Con el mismo carácter de colateral más próximo, fue declarada heredera del mismo causante Mamerto Pardo la señora Bárbara Juliana Pardo, la cual fue declarada también heredera de la señora Dolores Pardo de Pardo, por transmisión de los derechos del propio Mamerto Pardo, y el suscrito Jeremías de J. Pardo fue reconocido como cesionario de los derechos de aquella heredera, según autos de fechas veintiocho de junio de mil novecientos veintidós y doce de septiembre de mil novecientos veintitrés.

Undécimo. Por escrituras números trescientos sesenta y seis y trescientos cincuenta y seis, de fechas doce de junio de mil novecientos veintidós y primero de junio de mil novecientos veintitrés, respectivamente, otorgadas ambas ante el Notario de Fómeque, adquirí de la señora Bárbara Juliana Pardo todos los derechos y acciones que a ésta correspondían en las sucesiones de Mamerto Pardo y de Dolores Pardo de Pardo.

Duodécimo. Por escritura número quinientos quince, de fecha veintidós de agosto de mil novecientos veintiuno, otorgada en la Notaría de Fómeque, la señora Dolores Pardo de Pardo vendió al señor Gregorio Pardo la quinta parte de los derechos que a aquélla correspondían en la sucesión de Ignacio Pardo P., y por auto de fecha diez y siete de septiembre de mil novecientos veintiuno, se reconoció al nombrado Gregorio Pardo su carácter de cesionario.

Décimotercero. En las sucesiones acumuladas de los citados causantes Pardos se practicó el inventario y avalúo de los bienes de dichas sucesiones, en los días diez y ocho, diez y nueve y veinte de abril de mil novecientos veintitrés, y en tales diligencias figuran los siguientes bienes:

Una casa de adobe y teja con su solar anexo, situada en la población de Choachí, avaluada en la suma de mil seiscientos pesos	$	1,600 ..
Un terreno denominado Casablanca, situado en la sección Díaz, jurisdicción del Municipio de Choachí, avaluado en dos mil pesos		2,000 ..
Un lote de tierra denominado La Cueva, que hace parte del terreno de Casablanca, avaluado en seiscientos pesos		600 ..
Un terreno denominado Meseta y Mesetica, ubicado en la misma sección y jurisdicción, avaluado en mil doscientos pesos		1,200 ..
Un lote de tierra denominado La Rosita, avaluado en ochenta pesos		80 ..
Un terreno llamado El Dividive, situado en la misma sección y jurisdicción, avaluado en dos mil pesos		2,000 ..
Unas casas de adobe y teja, bahareque y paja, con dos corralejas anexas, en terreno de La Calera, sección Díaz, avaluadas en ochocientos pesos		800 ..
Un terreno El Chircal, con horno de cocinar teja, avaluado en setecientos pesos		700 ..
El potrero denominado La Sausa, avaluado en ochocientos pesos		800 ..
El terreno o potrero llamado El Llano, avaluado en dos mil doscientos pesos		2,200 ..
El terreno o potrero llamado La Laguna, avaluado en mil setecientos pesos		1,700 ..
El terreno o potrero llamado Los Arrayanes, avaluado en mil setecientos pesos		1,700 ..
El terreno o potrero llamado El Cocubo o Pesites, avaluado en dos mil pesos		2,000 ..
Varios semovientes avaluados en doscientos sesenta y dos pesos		262 ..
Un crédito a favor de la sucesión y a cargo del suscrito, por veinticinco pesos		25 ..
Tres créditos a cargo de la señorita Teresa Pardo, por ciento ochenta y seis pesos		186 ..
Otro crédito a cargo del señor Eliecer Pardo Calderón, por cien pesos		100 ..
Otro a cargo de Gregorio Pardo, por sesenta y cuatro pesos		64 ..
Unos adobes avaluados en diez y siete pesos		17 ..
Un derecho referido a la escritura número quinientos quince, de fecha veintidós de agosto de mil novecientos veintiuno, avaluado en doscientos pesos		200 ..
Suma el activo	$	18,234 ..
El pasivo total inventariado asciende a mil doscientos cincuenta y cuatro pesos cuarenta y seis centavos		1,254 46
Diferencia o capital líquido: diez y seis mil novecientos setenta y nueve pesos cincuenta y cuatro centavos	$	16,979 54

Décimocuarto. Los bienes inventariados que se dejan relacionados en el hecho o punto anterior pertenecen a la sociedad conyugal formada por el matrimonio de los causantes Ignacio Pardo P. y Dolores Pardo, de suerte que, hecha la liquidación de dicha sociedad conyugal, corresponde a cada uno de los cónyuges o a los herederos de cada uno de éstos, la cantidad de ocho mil cuatrocientos setenta y nueve pesos setenta y siete centavos, en especies.

Décimoquinto. A los legados hechos a extraños por el testador señor Ignacio Pardo P., según aparece del inventario y en relación con las cláusulas citadas del testamento, se les dio en los inventarios los siguientes avalúos:

Al terreno de Casablanca, legado a la iglesia de Choachí, dos mil pesos	$	2,000 ..
A las casas y corralejas legadas a la señorita Teresa Pardo Rodríguez, ochocientos pesos		800 ..
Al potrero llamado Los Arrayanes, legado al señor Eliecer Pardo Calderón, mil setecientos pesos		1,700 ..
Al toro zardo legado a Camilo Cruz, veinte pesos		20 ..
Suman los legados, cuatro mil quinientos veinte pesos	$	4,520 ..

Décimosexto. Además, el legatario señor Eliecer Pardo Calderón pretende que el terreno de Los Arrayanes comprende también el terreno llamado Cocubo, avaluado por separado en la suma de dos mil pesos; de suerte que si dicha pretensión prosperara, los legados vendrían a sumar la cantidad de seis mil quinientos veinte pesos.

Décimoséptimo. Como el capital líquido de la herencia del señor Ignacio Pardo asciende, según se ve en el hecho décimocuarto, a la cantidad de ocho mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos con setenta y siete centavos, al deducir de esta cantidad el valor de los legados hechos a extraños—enumerados en el hecho décimoquinto—se obtiene una diferencia de tres mil novecientos sesenta y nueve pesos con setenta y siete centavos, conforme a lo dicho en el punto o hecho décimosexto, diferencia que vendría a ser, de acuerdo con el testamento cuya reforma pido, la cuota hereditaria de Mamerto Pardo en la sucesión de su padre legítimo, señor Ignacio Pardo.

Décimoctavo. La diferencia de que trata el hecho anterior, en ambos casos, es muy inferior a lo que por ley debe corresponder forzosamente al citado Mamerto en la sucesión indicada y en su carácter de hijo legítimo; y aunque se deduzca del legado hecho a favor de Teresa Pardo, de que ya se hizo mención, el valor del usufructo, y aunque se haga cualquiera otra deducción semejante, siempre resultan menoscabadas la legítima rigorosa y la cuarta de mejoras correspondientes al mismo Mamerto.

Décimonono. Ignacio Pardo y Dolores Pardo contrajeron entre sí matrimonio católico, y durante éste fue procreado Mamerto Pardo, quien vino a ser, por tanto, legitimario de ellos. El matrimonio de los esposos Pardos se verificó en la iglesia de Choachí el día seis de septiembre de mil ochocientos sesenta y seis.

Vigésimo. Siendo Mamerto Pardo legitimario del testador señor Ignacio Pardo P., éste sólo podía disponer en su testamento en favor de extraños, de la cuarta de libre disposición, pues las otras tres cuartas partes de sus bienes correspondían a Mamerto Pardo a título de legítima rigorosa y de mejora, o sea, como legítima efectiva.

Vigésimoprimero. Con los legados que hizo el señor Ignacio Pardo en su testamento, dispuso no sólo de la cuarta de libre disposición, sino también de la cuarta de mejoras y de gran parte de la legítima rigorosa, como es fácil evidenciarlo con las operaciones numéricas del caso.

Vigésimosegundo. El señor Patrocinio Pardo, heredero de Mamerto Pardo, falleció; y el doctor José Ignacio Pardo—presbítero—en condición de hijo legítimo del finado Patrocinio Pardo, aceptó la herencia de éste y pidió la posesión efectiva de los bienes del mismo en el Circuito de Bogotá.

Vigésimotercero. El señor Eliecer Pardo Calderón fue nombrado albacea testamentario del señor Ignacio Pardo P., se posesionó de este cargo, el cual le fue prorrogado.

Vigésimocuarto. Los bienes inventariados en las sucesiones acumuladas de los esposos Ignacio Pardo P. y Dolores Pardo y de su hijo Mamerto, lo fueron como de la sociedad conyugal de los dos primeros; y así se aceptó el inventario por todos los interesados, por haber sido adquiridos todos esos bienes por la sociedad conyugal antedicha, y conforme se relaciona en el hecho décimotercero.

Vigésimoquinto. Consta la adquisición para la sociedad conyugal Pardo-Pardo, de los inmuebles relacionados en el inventario a que se refiere el hecho décimotercero, en los títulos públicos siguientes: escrituras número 256, de 20 de abril de 1896, otorgada en la Notaría de Cáqueza; número 314, de 30 de julio de 1909, de la Notaría de Fómeque; número 484, de 6 de septiembre de 1872, de la Notaría 3ª de Bogotá; número 179, de 23 de mayo de 1881, de la Notaría de Fómeque; y del remate verificado en el Juzgado 1º de este Circuito el 13 de marzo de 1906, títulos éstos de que tengo conocimiento y que presentaré en oportunidad por no tenerlos ahora en mi poder.

El Juez sentenció así:

"1º Refórmase el testamento nuncupativo otorgado por el señor Ignacio Pardo ante el Notario de Fómeque y contenido en la escritura pública número ochocientos noventa y tres (893), de 2 de noviembre de 1920, en el sentido de que la sucesión Dolores Pardo no tiene derecho alguno en la sucesión testada del señor Ignacio Pardo, por razón de la institución de heredero a su favor, por menoscabar la legítima efectiva del heredero Mamerto Pardo.

"2º Refórmase el testamento nuncupativo otorgado por el señor Ignacio Pardo ante el Notario de Fómeque y contenido en la escritura pública número 893, de 2 de noviembre de 1920, en el sentido de rebajar proporcionalmente los legados hechos a favor de Eliecer Pardo Calderón, Teresa Pardo y Camilo Cruz, hasta completar la legítima efectiva del heredero Mamerto Pardo.

"3º No es el caso de reducir el legado a favor de la obra de la iglesia de Choachí.

"4º Al liquidar y adjudicar los bienes de las sucesiones acumuladas de Ignacio, Dolores y Mamerto Pardo, se harán las deducciones correspondientes a los legados mencionados en el punto 2º y en la forma allí expresada; y

"5º No es el caso de hacer condenación en costas."

En apelación de uno de los demandados, el Tribunal Superior de Bogotá reformó este fallo por sentencia de fecha 12 de noviembre de 1927, así:

"1º Refórmase el testamento nuncupativo otorgado por el señor Ignacio Pardo ante el Notario de Fómeque, contenido en la escritura pública número ochocientos noventa y tres (893), de dos (2) de noviembre de mil novecientos veinte (1920), en el sentido de que la institución de heredero que en él se contiene a favor de la señora Dolores Pardo de Pardo, no puede menoscabar la legítima efectiva que por derecho corresponde al legitimario Mamerto Pardo o a sus sucesores.

"2º Confírmanse los numerales segundo, tercero, cuarto y quinto de la prenombrada sentencia."

La misma parte interpuso casación, recurso que es admisible.

Segunda causal.

El recurrente aduce en primer término la segunda causal de casación, cuyo motivo lo dirige a la declaración que hace el Tribunal de que "de la reducción debe excluírse el legado asignado a la iglesia de Choachí, porque, como la parte demandante no apeló del fallo de primera instancia, en cuyo ordinal 3º de la parte resolutiva dijo el Juez no ser el caso de decretar la reducción de este legado, la sentencia en esta parte está ejecutoriada, pues según la ley, la apelación se entiende interpuesta únicamente en lo desfavorable al apelante."

El recurrente argumenta que como uno de los demandados apeló de aquella sentencia, totalmente, en

razón de que declaraba que la legítima efectiva del heredero Mamerto Pardo debía completarse a costa de la reducción de todos los legados, con excepción del de la iglesia de Choachí, lo cual afecta los derechos de los demás legatarios, en la apelación dicha quedó comprendido este punto, porque la decisión del Juez les era adversa.

Se responde:

Los mismos términos de la acusación están demostrando que la sentencia del Tribunal no omitió decidir acerca de la cuestión relativa al legado de la iglesia. Confirmó el fallo de primera instancia fundándose en la razón de que no había sido apelada por el demandante. Bueno o malo el fundamento, es lo cierto que la cuestión quedó decidida.

Primera causal.

El recurrente opone aquella misma objeción como motivo de primera causal y lo formula en el concepto de violación por indebida aplicación del artículo 831 del Código Judicial. Consiste la infracción en haber estimado el Tribunal como ejecutoriada la sentencia del Juez en lo relativo al expresado punto, olvidando que los demandados a quienes perjudicaba el fallo en este particular, habían apelado, y su recurso lo dejaba comprendido. La sentencia del Juez no estaba, pues, ejecutoriada y el artículo 831 del Código Judicial era inaplicable.

Se considera:

El cargo del recurrente es fundado; pero la sentencia es, sin embargo, sostenible con arreglo al ordinal 6º del artículo 12 de la Ley 90 de 1920, porque la Corte halla otra razón en apoyo del fallo acusado, que es la misma adoptada por el Juez a quo, a saber: "El valor de los legados hechos por el testador, exceptuando el de la iglesia de Choachí, tienen un valor de $ 4,520 y exceden a la cuarta de libre disposición que es de $ 2,122-43. Es el caso de rebajarlos hasta completar la legítima efectiva del legitimario, rebaja que debe hacerse a prorrata. Pero como el valor de ellos alcanza a cubrir el complemento de aquella legítima, quedando todavía un excedente, la mencionada iglesia se halla exenta de contribución, conforme al artículo 1420, inciso 3º, del Código Civil.

Segundo cargo. Violación por falta de aplicación al caso del artículo 79 de la Ley 105 de 1890, que dispone que "el dictamen pericial no es por sí plena prueba," y "....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 la razón de su determinación."

Se refiere el cargo a la declaración que hace la sentencia de que "los inventarios y avalúos del juicio de sucesión son la base de la partición, y deben constituir la única base que debe tenerse en cuenta para inferir en esta litis si el testador vulneró las legítimas."

Contra esta tesis argumenta el recurrente que el avalúo de bienes es un dictamen pericial que versa sobre el valor de determinada cosa, el cual está sujeto en cuanto a su valor probatorio a la disposición del artículo 79 invocado. El Tribunal, por su parte, cometió error de derecho al no apreciar el dictamen o avalúo, ni fijar la estimación de las cosas, expresando las razones de su determinación, contentándose con hacer la declaración que se deja transcrita.

Se considera:

El recurrente olvida la naturaleza del documento que el Tribunal tomó como prueba sustancial y base de su sentencia.

Un inventario judicial, tal como el que se estudia, no es un simple dictamen pericial, sino un acto solemne en que si bien entra como requisito el avalúo pericial, concurren otras solemnidades que el Código de Procedimiento prescribe. Es el resultado de una actuación judicial, la cual constituye una de las etapas o grados en el juicio de sucesión por causa de muerte, que en cuanto se relacione con la jurisdicción graciosa, comienza con las diligencias que ponen en seguridad los bienes y termina con el acto de partición asentido por los interesados. Es el documento emanado de autoridad pública en que se dejan relacionados los bienes del difunto, y estimado su valor mediante avalúo pericial que ha pasado por el crisol que establece el Código Judicial para esta clase de prueba. La diligencia de inventario es, en suma, un instrumento auténtico (artículo 678 del Código Judicial), que tiene el valor de plena prueba acerca de su contenido (artículo 681 ibídem), con sólo su presentación regular en juicio—**probat se ipsa.**—

El Tribunal, lejos de violar la ley, se ajustó a estos preceptos.

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

1º No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, el doce de noviembre de mil novecientos veintisiete; y

2º Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI — Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintisiete de agosto de mil novecientos treinta.

Vistos:

El Tribunal Superior de Cali dictó sentencia de segunda instancia el treinta y uno de agosto de mil novecientos veintinueve en el juicio ordinario instaurado por el doctor Hernando Guerrero, en su condición de Presidente de la sociedad minera de La Lozana, contra el señor César Valdés, para que el demandado fuese obligado con las prestaciones respectivas, a restituír a dicha sociedad el terreno de Andrea o Casavieja, situado en el Municipio de Condoto, sobre la orilla izquierda del río de ese nombre y comprendido dentro de los siguientes linderos: por la parte de abajo, con la quebrada Andrea, que desemboca en la de Guarapo; por la parte de arriba, la quebrada llamada La Bolsa; por el centro, la línea divisoria de las aguas o montes altos, y por el frente, el río Condoto.

Contra la sentencia del Tribunal, confirmatoria de la de primera instancia, interpuso recurso de casación la parte demandante, quien desiste de él, según memorial

que fue presentado personalmente ante el Juez y el Secretario del Juzgado 3º del Circuito de Cali.

Como el desistimiento es incondicional, y está basado en lo que disponen los artículos 95 de la Ley 105 de 1890 y 813 del Código Judicial, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, lo admite y declara que queda ejecutoriada la sentencia del Tribunal que fue materia del recurso de casación, y cuya fecha queda indicada anteriormente. Además, se condena al desistente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiocho de agosto de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

Hecha la partición de los bienes de la sucesión del señor Rodolfo Baquero, el Juez 1º del Circuito, a quien correspondió el asunto, dio traslado del trabajo del partidor.

Durante este traslado, el apoderado de la mayor parte de los herederos, le hizo varias objeciones a la partición, las que el Juez decidió en providencia de fecha veintinueve de octubre del año próximo pasado, en esta forma:

"En tal virtud el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara probadas en parte las objeciones propuestas, y ordena que el señor partidor rehaga la partición presentada el ocho de junio del año en curso, ateniéndose a las observaciones hechas en la parte motiva de esta providencia, para lo cual le señala el término de quince días."

El apoderado del cónyuge sobreviviente apeló de dicho fallo, en cuanto se mandó rehacer en parte el trabajo del partidor, y el apoderado de los demás interesados, en cuanto le rechazaron algunas objeciones. El Tribunal de Cundinamarca, en sentencia de fecha treinta y uno de enero último revocó el fallo de primera instancia y aprobó la partición. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de los interesados, excepción hecha del cónyuge sobreviviente. El recurso es admisible, y se procede a decidirlo.

Alegó el recurrente las causales primera y segunda de que trata el artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

La Corte empieza por el estudio de la segunda causal. En apoyo de ella dice el recurrente:

"En la sentencia de primera instancia, de la cual apelé porque en ella me negó una parte de la objeción primera el Juez a quo, y como la sentencia del Tribunal revocó en su totalidad la sentencia apelada, sin tener en cuenta ni considerar mi apelación, es claro que la parte a que ésta se refiere, y que me negó el Juzgado, revivió, produciendo una contradicción en la sentencia del Tribunal, que acusa un error de hecho que indica que la sentencia no está proferida de acuerdo con mis pretensiones, o sean las de mis poderdantes."

Se observa:

Aunque se entienda que el recurrente alega que la sentencia no está de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por sus representados, o que es incongruente por defecto, el cargo no es fundado, porque lo que motivó la apelación por parte del recurrente del fallo de primera instancia, fue el no haber reconocido el Juez la objeción consistente en no haber tenido el partidor como bienes propios del cónyuge muerto los que se dicen aportados por él al matrimonio, no haber separado al hacer la liquidación el patrimonio de uno y otro cónyuge, sino que el partidor consideró y distribuyó como bienes sociales todos los inventariados, contra lo que dispone el artículo 1398 del Código Civil. Pero el Tribunal no dejó de considerar tal objeción sino que la tuvo en cuenta cuando en su fallo expresa:

"Se dice que el partidor violó el artículo transcrito (el 1398 del Código Civil), porque se limitó a dividir el activo inventariado en dos partes, como gananciales, pero no separó como bienes del cónyuge difunto, aportados por éste al matrimonio, la suma de tres mil doscientos sesenta y siete pesos ochenta centavos ($ 3,267-80), que valía la mitad de los almacenes de víveres que tenía en compañía con el señor Pedro Baquero, propiedad que está demostrada en autos; o sea porque no se restó del monto de ese activo la expresada cantidad. Esta objeción—continúa el Tribunal—es infundada, y así debe declararse en esta resolución, por dos razones:"

En seguida expresa el Tribunal esas razones, y termina declarando no probada la objeción.

Por consiguiente, no es exacto que el Tribunal dejara de fallar sobre ese punto, y que exista el cargo por defecto en el fallo materia del recurso.

Causal primera.

Se alegan tres motivos:

1º Violación de los artículos 1393 y 1343 del Código Civil.

Como fundamento de este cargo dice el recurrente:

"En la sentencia acusada, el Tribunal incurrió en violación de ley sustantiva. En efecto, el artículo 1393 del Código Civil manda que el partidor haga por separado la hijuela de deudas, y el Tribunal, al fallar en contrario esta objeción, violó el artículo citado, que ha debido aplicar, ordenando, en consecuencia, que la partición se rehiciera, como lo ordena la sentencia de primera instancia. Además, violó igualmente el Tribunal, en la sentencia recurrida, el artículo 1343 ibídem, que ha debido aplicar, mandando rehacer la partición, con la cual incurrió en error de derecho."

Se observa:

Es verdad que las dos disposiciones que se dicen violadas imponen al partidor la obligación de formar el lote o hijuela de bienes suficiente para cubrir las deudas conocidas; y cierto también que en este caso el partidor no dejó esa hijuela separada de las demás; pero ello no implica que el Tribunal, al aprobar ese procedimiento del partidor, hubiera violado tales disposiciones, no teniéndolas en cuenta, porque el mandato del legislador a este respecto es el de que se destinen bienes suficientes para atender a ese pago, de modo que los respectivos acreedores sepan cuáles pueden perseguir para satisfacer sus acreencias; y se ve claramente en el trabajo del partidor que éste cumplió con dicha obligación, pues dedujo para pagar las deudas inventariadas por gastos en la liquidación de la sociedad conyugal Baquero-Lozano, y de la sucesión de Rodolfo Baquero, la suma de quinientos vein-

ticuatro pesos con ochenta y tres centavos ($ 524-83), y la adjudicó para su pago a dos de los herederos. Por consiguiente, el cargo por ese aspecto no es fundado.

2º Violación de los artículos 1398 y 1016 del Código Civil.

Considera el recurrente que el Tribunal erró de derecho y violó la primera de las disposiciones anteriores, porque no aceptó la objeción que se hizo a la liquidación de bienes verificada por el partidor, y en que no descontó los gastos que figuran en el pasivo como de la sucesión, y que dice son comunes a la separación de patrimonios; que estos gastos los constituyen las dos partidas a cargo de Mercedes Lozano de Baquero, pues que si bien estas dos partidas no debían figurar a cargo de la sucesión, es el caso que están en el pasivo, aprobado sin observación por los interesados, y por consiguiente no pueden dejarse de tener en cuenta, como lo hizo el partidor.

Se observa:

El partidor ha de atenerse, para verificar su trabajo, a lo que aparezca en el inventario, por ser documento auténtico emanado de autoridad pública, que hace plena prueba; pero es claro que no figurando, como no figuran en este caso, inventariados los dos créditos a que el recurrente se refiere en esta parte de su demanda a cargo de la sucesión, ni de la sociedad conyugal, como lo dice el Tribunal, sino a cargo de Mercedes de Baquero, cónyuge sobreviviente, y a favor de Pedro Baquero, no tenía el partidor porqué descontarlos, ni del activo de la sociedad conyugal, ni del de la sucesión de Rodolfo Baquero. Estas partidas provienen de relaciones jurídicas particulares entre esas dos personas, y, por consiguiente, nada tenían que ver con la sociedad conyugal ni con la sucesión materia de este juicio, para que el partidor estuviera obligado a descontarlas de uno u otro de estos haberes. Ahora si, como lo dice el Tribunal, con el hecho de haber computado aquellas dos partidas en el pasivo de los inventarios, se quería significar que ellas constituían deudas del cónyuge sobreviviente a favor de la sociedad conyugal o de la sucesión, entonces debieron hacerse figurar como activo y no como pasivo, que es lo que se deduce, y como activo no se inventariaron. El cargo es, pues, infundado por este aspecto.

Pero más adelante dice el recurrente que el Tribunal erró de derecho y violó el artículo 1398 del Código Civil citado y también el 1016 de la misma obra, en cuanto no las aplicó y aprobó el trabajo del partidor en la parte en que éste no dedujo del monto total del activo las otras partidas del pasivo.

Se observa:

Por este aspecto el cargo es en parte fundado. Efectivamente, el partidor debió deducir del caudal social y no del haber hereditario, como lo hizo, el valor de los honorarios de los peritos, y el de los del partidor, porque son gastos que provienen de trabajo que aprovecha, tanto al cónyuge sobreviviente, en su condición de socio y de heredero, como a los demás interesados. Sin el avalúo de los bienes sociales y la partición de éstos, no podía hacerse la liquidación y recibir el cónyuge sobreviviente lo que le correspondió como socio, y por consiguiente, debe contribuír al gasto que ocasionó, no solamente la liquidación y partición del haber hereditario en que también tiene parte, sino en el del haber social. Deducir esas dos partidas del haber hereditario, como lo hizo el partidor, es gravar a los demás herederos con un gasto que no les corresponde soportar en su totalidad. Respecto de estas partidas es fundado el cargo, y debe casarse parcialmente la sentencia.

No sucede lo mismo respecto de la partida deducida para el pago de los derechos del Lazareto. Este impuesto no grava los bienes propios ni los gananciales del cónyuge sobreviviente, conforme al artículo 4º de la Ley 170 de 1896. Tampoco gravan esos bienes los servicios médicos prestados al causante de la sucesión; los gastos de su entierro y los de prosecución del juicio. Estos gastos son de cargo de los herederos e interesados, y se deducen del haber hereditario, como se dedujeron en este caso, de acuerdo con el artículo 1016 del Código Civil. Por consiguiente, respecto de estos gastos no había lugar a aplicar el artículo 1398 del Código Civil, que se dice violado por el Tribunal. Y mucho menos procede el cargo en orden al artículo 1016 de la misma obra, porque el partidor y el Tribunal lo aplicaron correctamente.

3º Violación de los mismos artículos 1398 y 1016 del Código Civil.

Este cargo tiene dos partes: respecto de la primera, dice el recurrente:

"En la partición se dejaron de separar los bienes propios del difunto, y no se dedujo el pasivo del monto total del activo al hacer la liquidación y separación de los bienes de la sociedad conyugal, y de ahí el error de hecho cometido por el partidor al tomar el valor total del activo para dividirlo en dos partes iguales, como bienes sociales, con lo que se libertó el supérstite de los descuentos del pasivo, es decir, del pago de las deudas y de los gastos, gravando con ellos los bienes propios del difunto...."

Se considera:

En cuanto el partidor cargó únicamente al haber de la sucesión los gastos hechos en el pago de los peritos avaluadores y los honorarios del partidor, y el Tribunal aprobó este procedimiento, el cargo es fundado, como ya se dijo, pero no lo es en cuanto dedujo de ese haber hereditario los demás gastos, porque éstos sí son del cargo de la masa de bienes dejados por el difunto.

En orden a la segunda parte, el recurrente expone su concepto en estos términos:

"....Además, no separó (el partidor) del activo el valor de los bienes propios del difunto, cuya propiedad se demuestra en autos con las declaraciones contestes de Luis Demetrio Forero R., Angel María Villarraga y Carlos Matéus, por lo que el Tribunal, al desechar las objeciones hechas sobre estos puntos, incurrió en error de hecho y en mala apreciación de pruebas, y también en error de derecho, por no haber aplicado los artículos 1016 y 1398 del Código Civil, que regla el modo de hacer esas liquidaciones."

Se observa:

Conforme al artículo 1398 del Código Civil, que se estima violado por no haberlo tenido en cuenta el Tribunal, es obligación del partidor separar, antes de proceder a la liquidación del haber hereditario, los bienes que pertenezcan a otras personas, por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores u otro motivo cualquiera.

Pero el crédito inventariado a favor de la sucesión de Rodolfo Baquero, proveniente de la compañía de víveres que tenía al tiempo de su muerte con Pedro Baquero, constituye una especie mueble que, si fue aportada por Rodolfo Baquero a su matrimonio con Mercedes Lozano, entró a formar parte del haber social, conforme al nu-

meral 4° del artículo 1781 del Código Civil, sin que a esto se oponga el hecho de haber sido inventariado dicho crédito a favor de la sucesión del mismo Baquero, con asentimiento tácito del representante del cónyuge sobreviviente; porque es sabido que de acuerdo con el artículo 1795 de la misma obra, la confesión de los cónyuges no hace prueba para establecer la propiedad de las cosas que exisitieren en poder de uno de ellos al tiempo de liquidarse una sucesión. Formando, pues, parte dicho crédito del haber de la sociedad conyugal Baquero-Lozano, y si ésta debía restituir igual valor al cónyuge muerto, al tenor de lo dispuesto en la última parte del artículo 1781 del Código Civil, como bienes propios de dicho cónyuge, para que el partidor hubiera podido dar cumplimiento a esta disposición, habría sido preciso que en el pasivo del inventario se hubiera hecho figurar como tál la partida correspondiente. Y no aparece que así se hubiera hecho, ni tampoco que al tiempo del inventario o cuando se dio traslado de él, se hubiera presentado reclamo alguno sobre el particular. Luego el partidor no estaba obligado a descontar el valor del haber social antes de distribuírlo, sino que tenía que acogerse al inventario y a la ley. Las declarciones que cita el recurrente, y en que se apoya para sostener que el Tribunal incurrió en error de hecho al no tomarlas en cuenta, habrían podido hacerse valer, si era el caso, para objetar el inventario y modificar su pasivo, pero no para que el partidor variara en ese sentido su trabajo, porque tales declaraciones fueron recibidas extra juicio, y no llegaron a ratificarse en el incidente de depósito en que fueron presentadas. De modo que al no aceptar el Tribunal la objeción de que se trata, no incurrió en error de hecho ni de derecho que lo llevara a violar las dos disposiciones sustantivas que respecto de esta parte del cargo invoca el recurrente.

Se dijo atrás, al estudiar el segundo motivo, que debe casarse parcialmente la sentencia del Tribunal. En cuanto al fallo de instancia en ese punto, se observa: el partidor ha de rehacer su trabajo en el sentido de deducir de la masa de bienes de la sociedad conyugal, tanto los honorarios de los peritos avaluadores como los del partidor, porque son gastos que benefician no solamente a los herederos sino al cónyuge sobreviviente, y por tanto, deben soportarlos todos los interesados por partes iguales. En lo demás, la partición debe quedar como se hizo.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia de fecha treinta y uno de enero último, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, reforma la de primera instancia y dispone que se rehaga la partición en el sentido indicado en el presente fallo.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez—Francisco Tafur A.—José Miguel Arango—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

En libelo presentado al Juez 1° del Circuito de Manizales, el señor Pascual Uribe W. demandó, por la vía ordinaria, al señor Arturo Murillo, para que por sentencia definitiva se declarara que la condición a que está sujeto el pago de que trata el documento de veintisiete de abril de mil novecientos veinticuatro (efectividad del contrato de transacción con los apoderados de Murillo por la aprobación del Juez) se cumplió; y que, en consecuencia, Murillo le debe la suma de tres mil quinientos pesos oro legal, con sus intereses.

El Juez del conocimiento, que lo fue el mismo Juez 1°, en sentencia de ocho de julio de mil novecientos veintinueve, declaró cumplida la condición y condenó al opositor al pago de la suma demandada, con sus respectivos intereses y las costas procesales.

Apeló el apoderado del demandado para ante el Tribunal de Manizales, quien, en sentencia de trece de diciembre del propio año, confirmó en todas sus partes la de primer grado, sin hacer condenación en costas, por no haberse causado en la segunda instancia.

Contra esta última providencia, el mismo apoderado interpuso recurso de casación, pero no lo fundó en el Tribunal.

La Corte, en auto de veintiséis de junio último, ordenó dar traslado a la parte recurrente por el término de treinta días para que fundara el recurso; término que venció sin que esa parte cumpliera con dicha obligación. Es, pues, el caso de aplicar la sanción establecida por el artículo 10 de la Ley 90 de 1920.

En tal virtud, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto el presente recurso de casación.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre cinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Eloy Sanjuán demandó a Francisco Sanjuán Portillo para que se hicieran estas declaraciones:

"Primera. La inexistencia de la servidumbre de tránsito que Francisco Sanjuán Portillo tiene impuesta en los expresados terrenos de propiedad de Eloy Sanjuán, **Las Crucesitas** y **El Bambo**.

"Segunda. Que los referidos terrenos nombrados **Las Crucesitas** y **El Bambo**, por sus respectivos linderos, están libres de tal servidumbre de tránsito y de cualquiera otro gravamen que limite el derecho de propiedad de Eloy Sanjuán sobre sus predios y a favor de Francisco Sanjuán Portillo.

"Tercera. Que en virtud de las anteriores declaraciones, se le prohiba a Francisco Sanjuán Portillo perturbe o inquiete a Eloy Sanjuán en la tenencia y posesión de los mencionados predios."

Pretensiones éstas que tienen por fundamento estos hechos:

"1° En que el señor Francisco Sanjuán Portillo ha impuesto sobre los terrenos nombrados **Las Crucesitas** y **El Bambo**, arriba determinados, terrenos que son de propiedad del señor Eloy Sanjuán, una servidumbre de tránsito para salir de su predio nombrado **La Chácara**, por una vía que llaman de **El Bambo** al camino real.

"2° En que el predio denominado La Chácara, de propiedad del señor Francisco Sanjuán Portillo, no se halla destituído de toda comunicación con el camino público, sino, por el contrario, tiene fácil y cómoda esa comunicación, sin tener que pasar por los terrenos del señor Eloy Sanjuán.

"3° En que el señor Francsico Sanjuán Portillo hace uso de la referida servidumbre de tránsito con grave perjuicio para el señor Eloy Sanjuán, por la inseguridad en que están sus sementeras, potreros y animales.

"4° En que con tal servidumbre el señor Francisco Sanjuán Portillo inquieta y perturba al señor Eloy Sanjuán en la tenencia y posesión de sus predios.

"5° En que el señor Francisco Sanjuán Portillo carece de derecho y título legal para imponer tal servidumbre de tránsito sobre los predios del señor Eloy Sanjuán; y

"6° En que el señor Eloy Sanjuán tiene pleno y perfecto derecho de que se le exonere de tal servidumbre."

El Juez falló favorablemente las peticiones de la demanda, pero el Tribunal de Pamplona revocó la sentencia y absolvió plenamente al demandado.

El demandante ocurrió en casación, recurso admisible y sujeto al estudio de la Corte.

Se queja el recurrente de que el sentenciador incidió en manifiesto error de hecho, al apreciar la cláusula de la escritura número 601, de quince de noviembre de mil novecientos doce, que dice:

"Se hace constar que el vendedor queda con la obligación de darle camino al comprador para pasar a su terreno, bien por el punto de El Bambo o por el de Las Crucesitas."

Por esa escritura Francisco Sanjuán, demandado, le compró esos terrenos a Manuel Silvestre Jácome.

De estos razonamientos se sirvió el sentenciador para interpretar la cláusula:

"El Tribunal estima que la cláusula transcrita contiene la constitución de la servidumbre denegada, puesto que en ella quedó pactado el gravamen de un predio, El Bambo o Las Crucesitas, de propiedad del constituyente, en favor de otro predio, La Chácara, de propiedad del adquirente (artículo 789, Código Civil), que es en lo que consiste la servidumbre, y que hubo por una parte intención de constituír el gravamen y por otra la de adquirir el respectivo derecho (artículo 740 ibídem), expresado todo ello en escritura pública, la cual puede ser la misma del acto o contrato principal a que acceda. (Artículo 760, obra citada).

"Para que la precitada cláusula contuviera únicamente una obligación personal, sería preciso considerar, o bien que el constituyente no era dueño de los predios El Bambo y Las Crucesitas en la época de la escritura 601, o que la servidumbre de tránsito no puede ser inaparente. Pero ambas hipótesis quedan descartadas: la primera, porque en la fecha indicada, Manuel Silvestre Jácome era dueño de los predios, en lo cual han convenido las partes; la segunda, en virtud del artículo 882 del Código Civil.

"Decir que el vendedor 'queda en la obligación de darle camino al comprador para pasar a su terreno, bien por el punto de El Bambo o por el de Las Crucesitas, es pues, constituír una servidumbre de tránsito, pues dar camino o paso, es precisamente lo que significa el gravamen expresado.

"Y se arguye que si la escritura 601 era suficiente como título de servidumbre, no habría habido necesidad de otorgar la número 290, de fecha diez de julio de mil novecientos catorce (Notaría de Ocaña), en que se dice que en atención a la obligación contraída por Jácome en la escritura 601, de quince de noviembre de mil novecientos doce, y habiendo designado Sanjuán P. el camino de El Bambo para que transite para su predio nombrado La Chácara, el señor Jácome le otorga la expresada vía El Bambo por los linderos que allí se indican, hay que considerar que, como ya se observó, una servidumbre de tránsito puede ser inaparente y transformarse luégo en aparente, cuando los dueños de los predios respectivos determinan de modo aparente la vía, y hacen constar esa determinación en escritura pública, siendo de advertir que estos títulos, la escritura 601 y la 290, son los títulos que ha presentado el demandado en prueba de su derecho de servidumbre, ya sea que se consideren aislados, ya como complemento el uno del otro, prueban suficientemente el gravamen constituído."

El recurrente sostiene que esa cláusula sólo contiene una obligación de hacer, porque la relación jurídica se estableció de persona a persona. Sanjuán era acreedor y Jácome deudor de una prestación personal.

Además, dice el recurrente, como la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, el sentenciador quebrantó el artículo 879 del Código Civil, al interpretar la referida cláusula como constitutiva de servidumbre; pues en esa cláusula no se dijo que el predio de Jácome quedara gravado a favor del de Sanjuán, como servidumbre de tránsito.

La Corte observa: es evidente que la cláusula generadora de la disputa no está redactada técnicamente, empleando los vocablos o locuciones que trae la ley civil al ocuparse en estas materias; pues en ella no se dijo que se gravaba un predio a favor del otro con una servidumbre de tránsito, pero también es verdad que la ley no reconoce palabras sacramentales, y que la intención de las partes es la norma suprema para la interpretación de los contratos. Si las partes quisieron obligarse mutuamente por cierto lazo jurídico, ese consentimiento no puede depender de las palabras empleadas para manifestarlo, que es cosa adjetiva, y que las partes quisieron ligarse por un vínculo jurídico de servidumbre, lo está pregonando la escritura número 290, de diez de julio de mil novecientos catorce, anterior a la demanda, en la cual dijeron los otorgantes:

"Que por escritura pública número seiscientos uno, de fecha quince de noviembre de mil novecientos doce, otorgada en esta Notaría el primero de los otorgantes (Jácome) se comprometió darle al segundo (Sanjuán) camino para pasar a su terreno, bien por el punto nombrado El Bambo o por el de Las Crucesitas, y habiendo designado el señor Francisco Sanjuán P. el punto de El Bambo, en virtud de la sentencia proferida por el señor Juez Municipal de esta ciudad, con fecha diez y siete de junio último, el señor Jácome le otorga la propiedad de la expresada vía de El Bambo para que transite para su predio nombrado La Chácara."

Esta escritura bien claro establece una servidumbre de tránsito, y ella es una ampliación o complemento de la número 601, todo lo cual está demostrando la intención de los contratantes.

Por otra parte, la cláusula de la escritura número 601, que se presta a dos interpretaciones, la del Tribunal y la del recurrente, ambas fundadas, es ambigua, y la escogencia de una de las dos no entraña manifiesto error de hecho en la apreciación; pues bien se ve que sobre el particular hay dos opiniones, ambas fundadas.

Los reparos del acusador respecto de la violación de los artículos 760, 79 de la Ley 105 de 1890, sobre tradición del derecho de servidumbre, se derivan del error de hecho en la apreciación de la cláusula escriturana, y como se ha decidido que por esa cláusula sí se constituyó servidumbre de tránsito, la escritura que contiene dicha cláusula es el título de que hablan las disposiciones acusadas, y que echa menos el recurrente.

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

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos veintiocho.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A. Juan N. Méndez—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

El apoderado judicial del señor Enrique Reyes Angulo ha recurrido en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que aprobó la partición de los bienes en las sucesiones acumuladas de don José María Sierra y su mujer Zoraida Cadavid.

El Tribunal negó ese recurso, pero ante la Corte prosperó el de hecho, que se interpuso contra esa providencia, y por ello el negocio ha venido en casación, donde se examinará, en primer término, si él es admisible, cuestión ésta previa, que ha sido alegada por los opositores.

La señora Clara Sierra de Reyes fue autorizada por el respectivo Juez del Circuito de Bogotá, para hacerse parte por sí sola en los juicios de sucesión acumulados de sus padres, y obrando con esa licencia intervino en ellos.

Se le corrió traslado del trabajo de partición y no lo objetó. Tampoco apeló de la sentencia del Juez, que improbó ese trabajo y ordenó se rehiciera en parte.

Es verdad que antes de dictarse sentencia por el Tribunal respecto de la apelación que algunos interesados interpusieron contra la decisión del Juez, la autoridad competente le retiró a la señora Sierra de Reyes la licencia para comparecer en esos juicios por sí sola, tomando su representación el marido.

Así las cosas, lógico es concluír que no se puede admitir recurso de casación contra ese proveído, primero, porque la sentencia del Juez no le causó agravio alguno a la señora Sierra de Reyes, puesto que se conformó con ella y no la apeló, teniendo en ese momento, a virtud de la licencia judicial, la plena capacidad jurídica para comparecer en esos juicios por sí sola, y ya se sabe que sólo se concede el recurso de casación para enmendar los agravios inferidos a las partes, y se presume que no sufre agravio quien se conforma con una sentencia y no apela. Esa ha sido jurisprudencia de la Corte (véase número 2006, tomo 1°); y segundo, porque la señora Sierra de Reyes no hizo objeciones a la partición durante el traslado que se le corrió del trabajo de partición, y en casación no puede formular objeciones que no hizo en la instancia, cosa que sería hasta un medio nuevo. Esta también es doctrina de la Corte. En estas decisiones se estatuyó:

"Para el efecto de interponer útilmente recurso de casación, es necesario que la parte que quiere hacer valer este remedio extraordinario, haya usado en el juicio de todos los derechos que la ley le concede. En consecuencia, si se trata de partición de bienes de una herencia, y el interesado no ha hecho sus objeciones cuando se le ha dado el traslado que previene el artículo 1283 del Código Judicial, no podrá después aprovecharse para ello del recurso de casación (Casación, 12 noviembre de 1896, XII, 130, 1ª)."

. . . . . .

"Para el efecto de interponer útilmente el recurso de casación, es necesario que la parte que quiere hacerlo valer haya usado en el juicio de todos los derechos que la ley le concede. En consecuencia, si se trata de partición de bienes de una herencia, y el interesado no ha hecho sus objeciones cuando se le ha dado el traslado que previene el artículo 1283 del Código Judicial, no podrá después aprovecharse para ello del recurso de casación. (Casación, 17 diciembre, 1912. XXII, 266, 2ª)."

Ahora, si la señora Sierra, en plena capacidad jurídica para comparecer en esos juicios, no hizo uso de los medios que la ley le brindaba para la defensa de sus intereses, hoy no puede el marido, al asumir la representación de su mujer en juicio, alterar los estados jurídicos creados por la justicia con intervención de la mujer autorizada legalmente para ejercer esos derechos.

Además, antes de asumir el señor Reyes Angulo la representación de su mujer, ésta, con plena capacidad jurídica, pidió se aprobara la partición tal como había sido presentada por medio de su apoderado sustituto, sin que valga objetar que el apoderado sustituto no se le había reconocido personería, porque los apoderados pueden pedir para sus clientes, sin que se les haya reconocido personería, siempre que a la petición acompañen el poder y soliciten su aceptación.

De suerte, pues, que si la señora Sierra de Reyes no apeló del fallo de primera instancia, que mandaba rehacer en parte la partición, y no le hizo objeciones en tiempo hábil, hoy no puede su marido alterar ese estado, recurriendo en casación, porque la intervención del marido en esos juicios ha de referirse a la época posterior a la fecha en que se le retiró a la señora Sierra la licencia para comparecer por sí sola en los juicios de sucesión de sus padres, pero no a la época anterior, en que ella gozaba de capacidad jurídica para esa comparecencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en obedecimiento al artículo 10 de la Ley 90 de 1920, falla:

Declárase inadmisible el recurso de casación interpuesto por don Enrique Reyes Angulo contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha diez y siete de abril de mil novecientos veintinueve.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

Vistos:

El señor apoderado de don Enrique Reyes Angulo solicita se reconsidere y revoque el auto de fecha veinticinco del mes próximo pasado.

El primer reparo que se hace a ese proveído consiste en sostener que la Sala debió examinar preferentemente si la demanda de casación reunía las condiciones señaladas por el artículo 9º de la Ley 90 de 1920; luégo si el recurso ha sido interpuesto por persona hábil y en tiempo oportuno, y finalmente, si la sentencia es de aquellas contra las cuales se puede interponer el recurso conforme a la ley, y basta, dice el peticionario, una ligera lectura del auto reclamado, para llegar a la convicción de que la Sala no hizo el examen preferente de las condiciones que debe llenar la demanda de casación.

Ello es evidente, pero también es cierto que la Sala puede declarar inadmisible el recurso cuando encuentra justificada una cualquiera de las causales señaladas en el artículo 10 de la Ley 90, sin entrar a considerar las demás, pues sería un contrasentido, para decir lo menos, que el legislador hubiera querido imponer a la Corte el trabajo inútil de examinar la demanda de casación como si se fuera a estudiar el recurso, cuando ese recurso ha sido interpuesto por persona inhábil, o cuando la sentencia no comporta casación. Eso es lo que ha sucedido al presente. Se halló que el recurso no había sido interpuesto por persona hábil. Eso bastaba para rechazarlo, sin que fuera necesario analizar y rebatir los reparos hechos en casación, lo que equivaldría a estudiar de fondo un recurso que se iba a rechazar.

Ahora, el hecho de que se conceda el recurso de casación, no implica que la Corte quede inhibida para no admitirlo, pues si así fuera, desaparecería el artículo 10 de la Ley 90, que ordena declarar inadmisible el recurso de casación cuando no reúne alguna de las formalidades establecidas por el artículo 8º de la citada Ley, a pesar de haberse concedido el recurso de casación por el Tribunal; pues si esta entidad no lo concede, la Corte no tendría oportunidad para admitirlo o rechazarlo.

No es exacto que el Tribunal, al conceder el recurso de casación por considerar que causa agravio alguno al recurrente, falle definitivamente que ese agravio existe. Esta cuestión fue decidida en auto de fecha veintiocho de octubre del año pasado, consentido en ese entonces por el peticionario, y allí se dijo, con aquiescencia del apoderado del señor Reyes, "que saber si una sentencia causa o nó agravio a quien interpone el recurso, no es punto que corresponda al Tribunal examinar, con el fin de otorgarlo o negarlo; esta cuestión se relaciona con la admisión, respecto de la cual es la Corte quien debe decidir."

Otro reparo que hace el peticionario consiste en sostener que la licencia judicial que se le concedió a la señora Sierra de Reyes, sólo la autorizaba para obrar por sí sola en los juicios de sucesión de sus padres José María Sierra y Zoraida de Sierra, pero no para intervenir en el juicio de partición.

La ley procedimental no hace distinción entre juicios de sucesión y juicios de partición de bienes.

En el epígrafe de **"juicios especiales,"** está incluído el juicio de sucesión por causa de muerte, "juicio dividido en varias secciones, entre las cuales se encuentra la quinta: partición de los bienes de la sucesión," lo que está indicando que la partición de bienes de una sucesión no es juicio distinto del juicio especial conocido en la ley con el nombre de "juicio de sucesión por causa de muerte."

En vista de esto, es ilógico suponer que quien está autorizado judicialmente para obrar por sí solo en los juicios de sucesión de sus padres, no pueda intervenir en las diligencias de partición, siendo ésta parte del juicio de sucesión.

El tercer reparo se concreta a rechazar la afirmación de la Corte, que sostiene que la intervención del señor Reyes Angulo en los juicios de sucesión de Sierra-Cadavid ha de referirse a la época posterior a la fecha en que se le retiró a la señora Sierra la licencia para comparecer en esos juicios.

Para dar respuesta a esta observación, le basta a la Corte hacer uso del concepto muy autorizado del mismo reclamante, que a la página 2ª vuelta de su memorial de revocación, dijo:

"Es obvio que Reyes no podía apelar de la sentencia de primer grado, ni objetar la partición, porque cuando esos estados del proceso se presentaron, no tenía la autorización legal para apersonarse en él a nombre de su esposa. Importa, con todo, establecer la eficacia de la autorización judicial y sus finalidades."

Si en esos estados del juicio no tenía autorización legal para apersonarse en nombre de su esposa, esa autorización ha de referirse a estados posteriores. Parece que esto no da asa para ser discutido.

Se repite, que la señora Sierra de Reyes, con capacidad jurídica plena para intervenir en los juicios de sucesión de sus padres, no apeló de la sentencia de partición, ni formuló objeciones cuando se le corrió en traslado, y, por tanto, hoy no puede en casación hacer valer su marido esos remedios que su esposa no creyó conveniente proponer, cuando podía hacerlo, jurídicamente hablando.

Suponiendo que la Corte pudiera entrar en el estudio del recurso de casación, tropezaría con el hecho de que, no habiendo sido objetada la partición oportunamente, ni por el señor Reyes ni por su esposa, faltaría la materia para tal estudio, siendo así que según jurisprudencia constante de esta Corte, la base del recurso son las objeciones a la partición hechas dentro del término que señala la ley.

Por estas razones no se accede a lo pedido en el memorial precedente, todo administrando justicia en nombre la República y por autoridad de la ley.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

La señora Matilde Benítez, por conducto de apoderado, demandó a su marido, el señor Vicente Guerrero, para que se decretara la separación de bienes.

En la demanda se expusieron estos hechos:

"1º Mi poderdante, la señora Matilde Benítez, es casada legítimamente con el demandado, señor Vicente Guerrero.

"2º Desde hace muchos años el señor Guerrero no hace vida marital con su esposa, por varias causas, y, entre otras, por el trato cruel dado a la señora Benítez y por el constante estado de embriaguez del señor Guerrero.

"3º El demandado ha abandonado en absoluto los deberes de esposo y de padre, pues mi poderdante subviene a sus necesidades y a las de la familia, con su trabajo personal, por supuesto escasamente, como así le consta a todo el vecindario de Pradera; y

"4º Por todo ello es conveniente, es justo y es legal, la separación de bienes demandada."

Como disposiciones de derecho se citaron los artículos 197 y siguientes del Código Civil, el 154 de la misma obra y los artículos 2º y 3º de la Ley 8ª de 1922.

Agregó el apoderado:

"Como causales para la separación que demando, menciono expresamente la 3ª, 4ª y 5ª del artículo 154 ya invocado."

El apoderado de Guerrero, al contestar la demanda, manifestó:

"Es cierto que desde hace veinticinco años, poco más o menos, la señora Matilde Benítez de Guerrero no hace vida marital con su esposo, porque ésta abandonó el hogar desde el tiempo dicho. Una noche se acostó a dormir y al día siguiente el marido no la encontró en la casa, la cual abandonó sin ninguna clase de motivo justificativo. Poco tiempo después, mi poderdante Guerrero supo que su esposa estaba en la ciudad de Cali y aunque hizo muchos viajes a esta ciudad para encontrarla, no le fue posible.

"Después, transcurridos algunos meses, la demandante volvió a casa de su esposo y a los dos o tres días de haber llegado al hogar marital, establecido en Pradera, se volvió a desaparecer, y muchos meses después mi poderdante Guerrero supo que estaba establecida en la ciudad de Buenaventura.

"Los ruegos y súplicas del cónyuge Guerrero para volver a su esposa al hogar fueron infructuosos; pues ni las lágrimas derramadas por el cónyuge y las manifestaciones de ternura con su esposa fueron atendidas.

"Después del transcurso de varios años, la demandante volvió a la población de Pradera, y como se negó nuevamente a ir a vivir al lado de su marido, a la finca de **El Higueronal**, éste le dio una casa para que la ocupara, viviendo en ella, casa que hasta hoy ocupa y está comprendida entre los bienes denunciados por la demandante. Durante las enfermedades que la nombrada Matilde Benítez ha tenido después de que se fugó de la casa, ha sido atendida siempre por los médicos que su esposo le ha buscado y cuyos servicios profesionales han sido pagados por él, como también ha atendido los pagos de los créditos pasivos que ha adquirido su esposa después de la fuga.

"Es absolutamente falso que el señor Guerrero haya dado trato cruel a su esposa, y tan cierto es esto, que si ese trato cruel hubiese realmente existido, no sería después de veintidós años que la paciente lo hacía conocer; pues en las oficinas de Policía del Distrito de su vecindad no existe siquiera una queja en este sentido. Por el contrario, Guerrero trató de hacer a su mujer la vida más halagüeña, y le proporcionó los medios para que negociase independientemente, poniéndole una tienda de granos, abarrotería, etc., que en ese entonces ascendió, en valor, a una cantidad mayor de mil pesos ($ 1,000) oro, suma ésta de la cual dispuso la demandante, sin que su marido la hubiese autorizado para dilapidar ese capital.

"También es absolutamente falso que mi poderdante vive en completo estado de embriaguez y que esta sea otra causa para la separación de bienes demandada. Si esto hubiese sido así, mi poderdante no tendría los bienes de fortuna con que hoy cuenta y que ha aumentado considerablemente desde que su esposa lo dejó triste y abatido por el abandono."

En consecuencia de lo dicho, el apoderado del demandado se opuso a la acción intentada.

El señor Juez 1º del Circuito de Palmira dictó la sentencia de su cargo el veintitrés de marzo de mil novecientos veintisiete. En ella decretó la separación demandada, declaró disuelta la sociedad conyugal desde la ejecutoria de la misma sentencia y ordenó la liquidación de los bienes de tal sociedad.

Por apelación del demandado, conoció del asunto el Tribunal Superior de Cali, quien, en sentencia de diez y seis de noviembre de mil novecientos veintiocho, confirmó la de primer grado.

Interpuso el demandado recurso de casación, el cual se admite, por hallarse en las condiciones legales, y se procede a su resolución.

Se invoca la causal 1ª y se aducen varios extremos para sustentarla.

En primer lugar se alega violación de ley sustantiva. Se dice que para que el abandono imputable al marido, de sus deberes de tál y de padre, sea causal de separación de bienes, se requiere que sea absoluto, como lo establece el artículo 154 del Código Civil, y que el Tribunal sentenciador "ha interpretado la causal 4ª del artículo 154 del Código Civil en el sentido de que cualquiera clase de abandono da lugar a la separación, y con eso se viola indirectamente la ley. El texto legal es claro—arguye el recurrente—pues lo que autoriza a pedir el divorcio, y hoy la separación, es un abandono radical y absoluto de los deberes de esposo y de padre y no un descuido o abandono parcial o incidental de los mismos."

Anota la Corte que la transgresión indirecta de la disposición legal susodicha sólo puede provenir de errores de hecho o de derecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas; y como el recurrente formula cargos por razón de tales errores, del examen de ellos ha de resultar si existe o nó la violación indirecta del artículo 154.

Se agrega que el Tribunal ha quebrantado directamente el artículo 542 del Código Judicial, "porque el bloque probatorio de la actora no demuestra el absoluto abandono de los deberes de padre y esposo por parte de Guerrero y se ha pretendido que se inviertan las reglas jurídicas, obligando a Guerrero a que probase con qué deberes anexos al matrimonio cumplió."

Es de observarse que el Tribunal no ha negado que el demandante es el que debe dar la prueba del hecho que rechazare el demandado, y que éste debe probar igualmente los hechos en que funda sus excepciones. Luego si ha habido violación del artículo, no ha sido directa, sino indirecta, o sea por haberse dado por establecido el abandono sin estarlo. Esto es objeto de las acusaciones posteriores.

Se alega asímismo la violación del artículo 28 de la Ley 100 de 1892, al admitir como pruebas del abandono unas sentencias de querellas de policía, sin que vinieran a los autos las copias auténticas, sino meras declaraciones de los funcionarios que dicen haber pronunciado dichos fallos. Repetido este cargo en otra acusación, se verá oportunamente lo que hay respecto de él.

El segundo extremo de la demanda de casación se refiere a mala apreciación de las pruebas por errores de derecho y de hecho.

Se le imputa al sentenciador un grave error de la primera clase, al reconocer fuerza probatoria a las declaraciones de Aparicio Figueroa y Antonio Rojas Ruiz, "quienes aseveran que en la época en que ejercieron el cargo de Alcalde de Pradera, les tocó fallar en favor del demandante sendas querellas de policía promovidas por la señora Benítez, con el fin de que su esposo le suministrara los alimentos." El error se hace consistir en que el Tribunal olvidó que no hay prueba de que esos señores hubieran desempeñado el empleo de Alcalde, prueba que no es otra que la copia del nombramiento y la posesión, y que tampoco la hay de las sentencias, porque falta igualmente la copia de ellas, según el citado artículo 28 de la Ley 100 de 1892.

La Corte considera lo siguiente:

Es cierto que para acreditar en un negocio hechos ocurridos en otro y consignados en el respectivo expediente, ha de aducirse la copia de la pieza conducente, al tenor del artículo que se acaba de citar, y también es verdad que no se admite prueba testimonial para demostrar que un individuo ha sido empleado público. Con arreglo a esto, puede decirse que el sentenciador incidió en el error que se le apunta al apreciar la declaración de Figueroa, porque este señor se limita a narrar que, como Alcalde que fue de Pradera, dictó una providencia de policía en relación con Guerrero (folio 38 vuelto del cuaderno principal). Mas la objeción no procede de la misma manera en lo tocante a la declaración de Rojas Ruiz (folio 33): éste, además de contar que como Alcalde del mismo Municipio falló una querella de la Benítez contra su marido, en lo cual es desechable el testimonio, depone como testigo presencial de otros hechos enlazados con el abandono. De suerte que el cargo de error de derecho sólo prospera en parte y no alcanza a producir la casación del fallo del Tribunal, porque aunque se desestimaran estas dos declaraciones, hay otras que le sirven de apoyo.

Otra acusación de error de derecho estriba en que el Tribunal admitió las declaraciones de testigos que se contradicen entre sí; pues Rojas Ruiz dice que los esposos se separaron hace seis años, y Julio Cifuentes, Rafael Cárdenas y Joaquín María Velasco aseveran que los cónyuges se separaron en 1913, lo que indica que hace más de trece años, una vez que la demanda se presentó en 1926.

Acerca de este punto, ha de advertirse que si es cierto que Cifuentes, Cárdenas y Velasco señalan el año de 1913 como el inicial de la separación, Rojas Ruiz afirma (declarando en noviembre de 1926) que esa separación existía **desde hace más de seis años**; expresión ésta que, por no fijar perentoriamente el principio de la suspensión de la vida conyugal, no queda reñida con la aserción de los primeros testigos. En todo caso, al dicho de Cifuentes, Cárdenas y Velasco pudo atenerse el sentenciador por razón de su número plural, según el artículo 75 de la Ley 105 de 1890, el cual no aparece quebrantado, como se sugiere.

Se acusa de error de derecho al Tribunal, al dar fuerza probatoria a los testimonios con que se quiso probar que Guerrero había intentado una acción de policía para quitarle a su esposa la casa que ella ocupaba.

Es admisible esta inculpación por las mismas razones indicadas antes; pero tampoco es motivo bastante para casar una sentencia que tiene sustento en otras pruebas.

El Tribunal—sostiene el recurrente—ha caído en un error de derecho al no apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones aportadas al debate por el demandado, "con las cuales prueba suficientemente que su esposa ha ocupado una casa de su propiedad, que le puso un negocio de pulpería, que la atendía y le pagaba sus gastos y cuentas." (Artículo 607 del Código Judicial).

La Sala no descubre el error que se acusa. El Tribunal tuvo en cuenta las declaraciones de los testigos del demandado y con ellas dio por probados algunos hechos, de conformidad con la doctrina del citado artículo 607 del Código Judicial; sólo que emitió su concepto de que tales hechos no llegaban a destruir la prueba aducida por la parte demandante. Ahora, si los hechos que el sentenciador no halló probados (por ejemplo, la cancelación que hizo Guerrero de unas deudas contraídas por su esposa, despues de la separación, cual lo afirma aquél), lo están verdaderamente con las declaraciones de que se trata, el error sería de hecho y no de derecho.

Como errores de hecho se cita, ante todo, el "afirmar el fallo del Tribunal en unas sentencias de policía que no se hallan en el expediente, y respecto de las cuales ni siquiera consta que los funcionarios que dicen haberlas dictado hayan ejercido los cargos de Alcaldes de la población de Pradera."

Al estudiarse este punto por el aspecto del error de derecho, se dijo hasta dónde es procedente la objeción y se agregó que, por motivo de tal objeción, no era casable la sentencia, porque ésta halla fundamento en otras pruebas. No hay porqué insistir en el particular.

Por último, se alega que el sentenciador incurrió en lamentable error de hecho, "al decir que la causal invocada por la demandante se halla satisfactoriamente demostrada, es decir, que hubo abandono absoluto de los deberes de esposo y de padre, cuando el mismo Tribunal, en otra parte de la sentencia, afirma (folio 55) que Guerrero apenas dejó de cumplir en su totalidad sus deberes conyugales."

Se responde:

El Tribunal examinó las declaraciones de Aparicio Figueroa, Antonio Rojas Ruiz, Manuel Bejarano, Magdalena Figueroa, Julio Cifuentes, Rafael Cárdenas y Joaquín María Velasco, y estimó que con ellas había logrado la señora Benítez acreditar la segunda de las causales invocadas en la demanda. Descartando de estas declaraciones la de Aparicio Figueroa, y en las otras lo referente a las sentencias de policía por lo antes explicado, permanece, en sentir de la Sala, un conjunto de elementos suficientes para apoyar la conclusión del abandono absoluto. Al menos, no es dable afirmar que en la apreciación del Tribunal hay un error evidente.

Puede decirse que, después de la separación de los cónyuges, la señora Benítez ha ocupado una casa (por cierto que deteriorada) de la sociedad conyugal o del marido y probablemente también que éste pagó unas pequeñas deudas de aquélla; y hé aquí porqué el recurrente le atribuye al Tribunal un error de hecho y la violación indirecta del artículo 154 del Código Civil: expone que si Guerrero ha cumplido con algunos deberes de esposo, por pocos que hayan sido, el abandono de que se le sindica no ha podido ser absoluto y radical, que es la exigencia de la ley.

Estima la Corte que incumbe al criterio del Juez el calificar, en vista de las circunstancias establecidas en el proceso, la extensión del abandono imputado al marido. El **absoluto abandono** de que habla el artículo 154 del Código Civil significa un desamparo grave por el marido

o por la mujer de sus respectivos deberes, y no ha de exigirse que ese desamparo haya carecido de leves interrupciones, pues de lo contrario, le bastaría a un marido que tiene abandonada a su mujer, cubrir una pequeña deuda de ésta o hacerle algún exiguo servicio para eludir la sanción de la separación de bienes. El exagerar el sentido de la expresión **absoluto abandono**, conduciría, como se ve, a consecuencias absurdas e injustas.

El Tribunal expuso que la demostración de los hechos alegados por el demandado no desvirtuaba la prueba de la demandante, y añadió que los auxilios mutuos que deben darse los cónyuges son todos aquellos indispensables para subvenir a las necesidades de la familia, "los que no parecen haber sido cumplidos en su totalidad por el cónyuge Guerrero." Esto equivale a sentar que para el sentenciador los deberes que ha desempeñado Guerrero, ya en la situación de separación, no le quitan al abandono el carácter de grave desamparo. Conciliadas de esta suerte las expresiones de la sentencia y no justificado un error evidente de hecho en la apreciación del conjunto de la prueba de la demandante, resulta improcedente el cargo de violación indirecta del artículo 154 del Código Civil y del artículo 542 del Judicial.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es casable la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Matilde Molina de Galvis entabló ante el Juez 2º del Circuito de Buga juicio de separación de bienes contra su esposo Rafael Galvis. Las peticiones son éstas:

1ª Que se decrete la separación de bienes entre los cónyuges Rafael Galvis y Matilde Molina C., con todos sus efectos legales consiguientes.

2ª A virtud de esta separación, el cónyuge Rafael Galvis queda privado del manejo y administración de los bienes de la sociedad conyugal, cuya liquidación se decrete, y la señora Molina C. asume, por ende, el manejo y administración de todos los bienes, pudiendo, sin intervención ni autorización de su esposo, ejecutar todos los actos de que se prive a éste como jefe de la sociedad conyugal, como los de disponer libremente de los bienes de la sociedad, etc., mientras dure la situación jurídica creada por la separación.

3ª La repetida separación comprende los bienes que la cónyuge Molina C. reciba a título de legitimaria en la mortuoria de su finado padre el doctor Pedro A. Molina, bienes que desde luégo no entran en la sociedad conyugal.

4ª No obstante la separación, el cónyuge Galvis no queda relevado de cumplir, si lo tiene a bien, los deberes y obligaciones de padre legítimo de la señorita Ana Julia Galvis, su hija legítima, previo señalamiento de cuota hecho a petición de parte y con conocimiento de causa por el Juzgado.

Las causales de esta separación, expresa la demandante, son: la insolvencia completa del cónyuge demandado y su inhabilidad suma para la administración y manejo provechosos de los bienes de cuya separación se trata.

Se enuncian estos hechos fundamentales:

1º La demandante se casó legítimamente con el demandado Galvis.

2º Durante la vida conyugal fue habida la señorita mencionada, como hija legítima de los cónyuges.

3º Que el demandado, ateniéndose a las instrucciones recibidas, demostró en el curso de tiempo que estuvo al frente de la sociedad conyugal, fracaso en todos los negocios emprendidos, hasta el punto de no poder ejercer un empleo que le proporcionó su suegro, y de haber hecho desaparecer los pocos bienes que había recibido por herencia.

4º Debido a la falta de hábito de trabajo, carece de recursos para atender a sus obligaciones de padre y esposo, pues la educación de la niña tuvo que costearla su abuela materna, señora Cecilia Cucalón.

5º La demandante recibirá dentro de poco tiempo los bienes que se le adjudiquen como legitimaria de su padre, perspectiva que ha movido la codicia del demandado, supuesto que ahora pretende asumir las funciones de marido y de padre, abandonadas hace diez y siete años, y hay temor de que si así fuera, arruinaría a su esposa, dadas su inhabilidad e indolencia.

Invoca la demandante, como fundamento de derecho, los artículos 199 a 212 del Código Civil.

Pidió ésta, además, que como medidas conducentes a la seguridad de sus bienes, mientras dure el juicio, ordene al Notario del Circuito se abstenga de otorgar instrumento ninguno en que el demandado disponga de los bienes de cuya separación se trata, así como también orden al Registrador de instrumentos públicos.

El Juez decretó la separación de bienes demandada, determinó las reglas para la administración de bienes que debía observar la cónyuge demandante y para el sostenimiento, por ambos esposos, de la familia.

Por apelación del demandado, el Tribunal Superior de Buga, en sentencia de fecha veintisiete de febrero de mil novecientos veintiocho, revocó la de primera instancia y absolvió al demandado.

La actora interpuso casación. El recurso es admisible. Ella misma presentó ante el Tribunal sentenciador un alegato de casación, dirigido a la Corte, el veintitrés de abril de mil novecientos veintiocho. El apoderado suyo ante esta Superioridad, se limitó a presentarlo sin manifestar que lo acogía como parte de su demanda, razón por la cual no puede considerarse a causa de ser extemporáneo.

La demanda de casación presentada ante la Corte, se funda en las causales primera y segunda.

Segunda causal.

Se acusa la sentencia por defecto en el fallo, consistente en que aquélla se dictó en forma tal, que bien puede decirse que, aun siendo absolutoria, dejó de resolver sobre una de las causales alegadas para pedir la separación de bienes, a saber: el abandono absoluto del demandado en el cumplimiento de sus deberes de padre y esposo. En la parte motiva, el Tribunal trató únicamente del asunto bienes; pues tomó como base de la absolución el hecho de que "no se ha demostrado que la sociedad conyugal

tuviese bienes y que Galvis los administrara fraudulentamente, o sea con dolo o engaño y en perjuicio de la mujer y de la sociedad."

Se responde:

Las causales de separación de bienes individualizadas en la demanda, son estas literalmente:

"La insolvencia completa del cónyuge demandado, y su inhabilidad suma para la administración y manejo provechoso de los bienes cuya separación se pide."

Estas dos causas las estudió una a una el Tribunal. Y aunque es cierto que en el hecho señalado d), entre los fundamentales de la demanda, habla de que el cónyuge no atiende a las obligaciones de padre y esposo, no hace proceder este mal del abandono que tuviera de los deberes que, como a esposo y padre, le imponen la naturaleza y la ley, sino que "debido a la falta de hábito de trabajo carece de recursos para atender a esas obligaciones." La ineptitud para el trabajo, que origina escaseces y hasta pobreza en el hogar, no es lo mismo que el menosprecio o abandono de aquellos deberes que toma sobre sí el individuo a virtud del matrimonio, ya por derecho natural, ya por leyes positivas, deberes que tienen una fuente moral común: el amor y la veneración recíproca de los esposos, del cónyuge para con su esposa y sus hijos, **officia pietatis.**

Primera causal.

Cargo primero:

Violación del artículo 2° de la Ley 8ª de 1922, en relación con el numeral 4° del artículo 154 del Código Civil. Acusa el recurrente la sentencia por primera causal, fundado en los mismos razonamientos con que adujo la segunda.

Aun cuando el Tribunal, argumenta el recurrente, copió el aparte de la sentencia de primera instancia, en que el Juez habla del abandono del demandado de sus deberes de padre y de marido, no estudió esa causal de separación.

Se responde:

Si fuera cierto, como lo afirma el recurrente, que el Tribunal dejó de considerar y decidir esta causal, la acusación del recurrente, por violación de las disposiciones arriba citadas, estaría fuera de lugar, porque no puede haber violación de ley cuando el juzgador no tiene ocasión de aplicarla.

Empero, el recurrente comprendiendo esto mismo, da otra forma a la acusación en el segundo cargo, concebido así:

"Si el Tribunal, como parece lo más probable, consideró que entre las causales que invoca la demanda y los hechos en que la sustenta, no se halla el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de sus deberes, incurrió en error evidente al apreciar la demanda, y violó con ello el artículo 2° de la Ley 8ª de 1922, y el artículo 154 del Código Civil, ordinal 4°"

Fúndase este cargo en que el Tribunal no paró atención en el hecho e) de la demanda, en que se afirma que el demandado abandonó hace más de diez y siete años sus deberes de padre y de marido. El demandado, a su vez, respondiendo a este hecho dijo:

"Niego el hecho distinguido en la letra e), en lo tocante al cargo de codicia, y mucho menos en aquello de que pretenda asumir las funciones de marido, pues existe una muralla de acero inexpugnable, sin que ello lo prive del derecho de velar por los intereses de su hija, aunque ésta no lo reconozca hoy día, seriamente amenazados."

No admite duda, comenta el recurrente, que confesó el demandado que él no pretende asumir las funciones de marido, porque para ello existe un obstáculo invencible, lo cual no lo priva de velar por su hija, es decir, que convino en que hace más de diez y siete años que abandonó esos deberes de esposo y de padre. El hecho del abandono está confesado, sean cuales fueren las causas que hayan ocurrido para formar la muralla inexpugnable que impide la vida conyugal.

Se considera:

Es preciso examinar en primer término si el hecho e) en que se apoya la demanda, tal como está redactado por su autor, implica el sentido que le atribuye el recurrente, esto es, el de abandono de deberes de esposo y de padre, en el concepto que se dejó explicado al tratar de la segunda causal. El texto es este:

"La señora Molina C. dentro de poco tiempo recibirá los bienes que se le adjudiquen como legitimaria de su padre, el finado doctor Pedro Antonio Molina; perspectiva que ha movido la codicia del demandado, supuesto que ahora pretende asumir las funciones de marido y de padre, abandonadas hace diez y siete años, y hay temor fundado de que si así fuera, disiparía, mejor dicho, arruinaría a su esposa, dada su inhabilidad e indolencia."

El demandado contestó por medio de apoderado:

"Niego el hecho distinguido por la letra e), en lo tocante al cargo de codicia, y mucho menos en aquello de que el señor Galvis pretenda asumir las funciones de marido; pues existe una muralla de acero inexpugnable, sin que ello lo prive del derecho de velar por los intereses de su hija, seriamente amenazados, aunque ésta no lo reconozca hoy día."

¿El abandono de que hace mención este hecho, es el absoluto de los deberes de padre y esposo, de que habla el ordinal 4° del artículo 154 del Código Civil? ¿O bien es el especial de que habla la demandante en el hecho d), que antecede inmediatamente al marcado con la letra e)? La colocación de las dos aserciones de la actora, la una en pos de la otra, y la expresión acentuada que en ambas da al concepto de que el demandado ha sido hombre incapaz para el trabajo y administrador inepto de su propio patrimonio y de los intereses de su familia, de tal suerte que carece de recursos para atender sus obligaciones de padre y esposo, son circunstancias que indican claramente que la demandante no se refirió al desamparo deliberado y culpable del padre y del esposo, sino al resultado de privaciones en el hogar, originadas de su incapacidad para el trabajo.

Es cierto que el demandado, al contestar el hecho e), exageró la respuesta, hasta dejar traslucir causas misteriosas que lo arrastraban lejos de su esposa. Pero es principio sabido que la sentencia debe amoldarse a la causa con que se intentó la demanda, mas no a las declaraciones del demandado, que puedan modificarla en su naturaleza y alcance.

Si un individuo demanda a otro por préstamo de mil pesos, cantidad determinada, no puede ser condenado, so pretexto de que acrecentó su deuda, a pagar tres mil, procedentes de la compra de una hacienda.

Las mismas consideraciones que se dejan hechas con relación a la respuesta que dio el demandado al hecho e) del libelo, se pueden aplicar a las que empleó al contestar el interrogatorio de posiciones.

Entre dos cónyuges bien han podido sobrevenir causas que llevasen al esposo a dejar el hogar sin protección y ayuda; pero si la esposa reduce su querella a otra causa, que produciendo análogo resultado en la práctica mantiene ocultos aquellos motivos recónditos, no es dado al juzgador traerlas a contribución para decidir un pleito que se planteó con causa concreta y determinada.

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

1º No hay mérito para casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Buga en este juicio, con fecha veintisiete de febrero de mil novecientos veintiocho; y

2º Se condena al recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Evangelina Chavarro de González, en nombre propio y a la vez como representante de sus menores hijos legítimos Manuel, Leonidas, Lucía, Bárbara, Dolores, Antonio, Amalia y María Concepción, y en representación todos de la sucesión de Nazario González Correa, padre legítimo de los menores y esposo de la actora, entabló ante el Juez 1º del Circuito de Facatativá juicio ordinario contra Marcelino González C. y Pedro A. Hurtado, en que se ejercitan estas acciones:

Primera. Resolución del contrato contenido en la escritura pública número 15, de doce de febrero de mil novecientos diez y ocho, otorgada en la Notaría del Circuito de Funza, por falta de pago.

Segunda. Cancelación consecuente del registro de esta escritura, que se hubiera verificado en la Oficina de Registro del Circuito de Facatativá.

Tercera. Cancelación de la mencionada escritura.

Cuarta. Restitución consiguiente de parte de Marcelino González y Pedro A. Hurtado para los representados por la actora, de los siguientes bienes que fueron materia del contrato:

1º La mitad de un terreno denominado **La Fragua** y la mitad de las casas en él edificadas, de tapia y teja, ubicado todo en jurisdicción del Municipio de Bojacá, partido de **Barroblanco,** cuyos linderos generales son: por un costado, con la hacienda de **La Herrera,** que fue de propiedad de Pedro Ignacio Uribe, hoy de Mario Ferro; por otro, con el camino público que va de Madrid a **Barroblanco;** por otro costado, o sea por el pie, con terrenos de los herederos de Manuel Torres; y por el otro costado, con el camino público que va de **Barroblanco** a Mosquera.

2º Todos los derechos que a título de usufructo compró Nazario González Correa a Nazario González Maldonado, por escritura pública número 38, de quince de enero de mil novecientos diez y seis, de la Notaría 3ª de Bogotá, usufructos constituídos sobre el inmueble denominado **La Fragua,** arriba alinderado; así como también sobre un terreno ubicado en la vereda de **Cubia,** Municipio de Bojacá, denominado **Laguna Blanca,** marcado con el número 3, entre los que se dividieron los bienes de la sucesión de Virginia Correa de González, con cabida de 113 fanegadas, y comprendido dentro de los siguientes linderos: por un costado, con el camino público que de Madrid conduce a La Mesa; por otro costado, con la hacienda denominada **Cortés;** por otro costado, con la misma hacienda de **Cortés,** hasta dar a la piedra de **Pan de Azúcar,** luégo con la hacienda **La Colina,** antes **Cubia,** de propiedad de Diodoro Sánchez, y por el último costado, con el lote número 2, de los de la mencionada sucesión, de propiedad del vendedor, hoy de Martín Afanador, hasta encontrar el camino nacional, primer lindero.

Quinta. Pago por Marcelino González C. y Pedro A. Hurtado, mancomunada y solidariamente, a Martín Afanador, como apoderado de los demandantes, y para ellos, de la suma de ocho mil novecientos pesos ($ 8,900) moneda corriente, como valor de arrendamientos (frutos de la mitad del predio de **La Fragua),** a partir del día doce de febrero de mil novecientos diez y ocho al doce de julio de mil novecientos veinticinco, a razón de cien pesos por cada mensualidad.

También pagarán, en la misma forma, los dichos demandados, la suma de diez y siete mil ochocientos pesos ($ 17,800) moneda corriente como valor de arrendamientos o frutos civiles y naturales por el derecho de usufructo vinculado sobre la totalidad del predio alinderado en el punto 2º del numeral cuarto de este libelo, y la mitad restante del predio alinderado en el punto primero del mencionado numeral cuarto de este libelo, a contar del doce de febrero de mil novecientos diez y ocho al doce de julio de mil novecientos veinticinco, a razón de ocho mil novecientos pesos moneda corriente por cada usufructo sobre tales inmuebles.

También pagarán los demandados, en la forma mencionada como valor de los frutos de las totalidades de los globos de tierra alinderados, a partir del doce de julio de mil novecientos veinticinco hasta cuando se hagan las prestaciones del caso, la cantidad de trescientos pesos moneda corriente, mensualmente, por arrendamientos.

En subsidio de cualesquiera de las sumas que preceden, los demandados pagarán como valor de esos frutos, las cantidades que peritos designaren formalmente en el plenario.

Como fundamentos de hecho se designaron:

1º El doce de febrero de mil novecientos diez y ocho, bajo la escritura número 15, otorgada ante el Notario de Funza, Nazario González C. vendió y entregó a Marcelino González C. los bienes de que trata esta demanda en su petición cuarta.

2º Precio, forma de pago y demás condiciones del contrato constan en este instrumento público, el cual fue registrado el veinte de febrero de mil novecientos diez y ocho en la Oficina de Registro de Facatativá, en el libro 1º

3º Marcelino González C. y Pedro A. Hurtado se encuentran en posesión material de lo que al primero vendió Nazario González C., desde el doce de febrero de mil novecientos diez y ocho.

4º Marcelino González C. no ha pagado ni a Nazario González C. ni a sus herederos el precio del referido contrato de compraventa; y aunque es verdad que en el texto de la escritura de venta aparece que sí pagó, no es menos cierto que con posterioridad confesó ante Juez competente no haber pagado oportunamente.

5º Los inmuebles alinderados producen una renta mensual no menor de cien pesos.

6º Nazario González C. murió el primero de noviembre de mil novecientos veinte en Bojacá, y el juicio de sucesión cursa en el Juzgado del Circuito de Facatativá.

7º Son representantes de Nazario González C. su viuda Evangelina Chavarro y sus menores hijos legítimos Manuel, Leonidas, Lucía, Bárbara, Dolores, Antonio, Amalia y María Concepción.

Los demandados se opusieron a la demanda.

El Juez sentenció en estos términos:

1º No es el caso de hacer la declaración contenida en el punto I de la demanda de que se ha hecho mérito.

2º Consecuencialmente no es el caso de ordenar lo pedido en los puntos II a VIII de la mencionada demanda, y en tal virtud se absuelve a los demandados de los cargos formulados contra ellos en la misma.

3º No se hace condenación en costas.

Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha treinta y uno de enero de mil novecientos veintiocho, confirmó la de primera instancia.

La misma parte interpuso casación, recurso que es admisible, y se basa en la primera causal, con extremos varios.

Primer cargo:

Violación directa de los artículos 1494, 1849, 1857 y 1930 del Código Civil. El primero, en cuanto considera como fuente de obligaciones civiles los contratos. El segundo, en cuanto reconoce que del contrato de compraventa nace la obligación del vendedor de dar una cosa, y la del comprador de pagar el precio de ella; y el 1857, porque esta disposición reputa perfecta la venta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, y en el caso actual, tratándose de venta de bienes raíces, se había otorgado la respectiva escritura de compraventa.

Estando perfecto el contrato celebrado entre Nazario González Correa y Marcelino González C., en la escritura número 15 ya citada, el Tribunal desconoció el derecho que el vendedor tenía de pedir la resolución de tal contrato una vez que el comprador había dejado de cumplir con su principal obligación de pagar el precio.

El cargo se refiere a la parte de la sentencia en que el Tribunal declara, como fundamento principal de su fallo, que en la compraventa, así como para el comprador, la primera y principal obligación es la de pagar el precio en la forma y tiempo convenidos; para el vendedor su primera obligación es la de hacer entrega o tradición de la cosa que vende; y más: cuando para que ésta se verifique no se fija plazo alguno y sí para el precio, como en el caso de autos, la obligación de pagarlo no depende sólo del vencimiento del plazo, sino de que el vendedor haya cumplido la obligación de entregar.

Tratándose de la entrega o tradición de inmuebles o derechos reales, ésta sólo es posible jurídicamente, mediante la inscripción del título en la Oficina de Registro respectiva; de suerte que si hay dos títulos de una misma cosa, con respecto a dos personas, la entrega o tradición de la cosa sólo se verifica con relación al primero que registra su título, y no con relación al que lo registra después. La imposibilidad para que haya tradición en este segundo caso es de hecho y de derecho, porque no se puede dar lo que ya no se tiene.

Se considera:

La sentencia del Tribunal no desconoce, como lo asegura el recurrente, que el contrato de compraventa celebrado entre los dos González, no fuera fuente de obligaciones y derechos recíprocos entre comprador y vendedor, una vez otorgada la escritura pública de venta; por el contrario, tomando como antecedente ese contrato, considera una cuestión relativa a sus efectos y a su ejecución por las partes contratantes, y aplicando el principio de derecho civil de que en todo contrato bilateral y a la vez conmutativo, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, concluye que el actor carecía de las acciones que al acreedor reconoce el artículo 1610 del Código Civil, sobre resolución del contrato.

El cargo del recurrente, como se ve, está fuera de lugar.

Segundo cargo:

Violación del artículo 1930 del Código Civil, que dispone que "si el comprador estuviere constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo debido, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios."

El Tribunal, arguye el recurrente, a pesar de que conviene en la existencia de los factores generadores de la resolución del contrato, desde luégo que acepta que hubo una venta perfecta y que hubo mora en el comprador de pagar el precio, concluye, sin embargo, negando la resolución del contrato, apoyado en la razón de que la acción resolutoria no tenía cabida, porque según aparece del certificado del Registrador de instrumentos públicos del Circuito de Facatativá, de fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos veintisiete, los mismos bienes de que trata la escritura número 15, se enajenaron dos días después por el vendedor González a Luis F. López y Carlos Rodríguez, a quienes se hizo tradición legal, con anterioridad al primer comprador, por haberse registrado la escritura correspondiente con fecha que antecedió a la inscripción de la escritura número 15. Este fundamento, prosigue el recurrente, es inaceptable, ya porque entraña una cuestión extraña al debate planteado entre las partes en la **litis contestatio**, ya porque debió ser materia de una contrademanda o de una excepción perentoria, defensas que no opuso el demandado oportunamente.

Se considera:

La disposición del artículo 1930 del Código Civil, que invoca el recurrente, es cierta; pero ella se halla subordinada en su aplicación al principio establecido en el artículo 1609 ibídem, según el cual "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpliere por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos." El Tribunal halla comprobado en el proceso, con la certificación del Registrador arriba mencionada, que el vendedor demandante había incurrido en mora irremediable de hacer la tradición de los inmuebles que había vendido a Marcelino González C., porque habiéndolos enajenado segunda vez y registrádose la escritura respectiva primero que la otorgada a Marcelino, fueron los compradores ulteriores quienes por esta circunstancia obtuvieron la tradición del vendedor y los que adquirieron el dominio con antelación al primitivo comprador que demoró el registro de su título. Por esto ha declarado la Corte en jurisprudencia constante, que "la entrega a que se refiere el artículo 1873 del Código Judicial, tratándose de inmuebles vendidos a dos o más personas, tiene que referirse al registro de los títulos; y

que la posesión y la entrega que deben considerarse para los efectos de ese artículo, son las producidas por el registro del título."

Con razón halló el Tribunal que aunque se había celebrado un contrato de compraventa por medio de la escritura número 15, y que ésta se había registrado, el vendedor no había cumplido con la obligación de hacer la entrega al comprador, porque cuando el registro se verificó, ya había transmitido el dominio de los inmuebles a otros compradores que habían registrado su título dos días antes. Y si la enajenación por compraventa no había podido efectuarse por falta de tradición, claro es que el comprador no estaba obligado a pagar el precio de ella.

El cargo es infundado.

Tercer cargo:

Se dirige contra el fundamento de la sentencia que acaba de exponerse, el cual, en sentir del recurrente, entraña violación del artículo 1880 del Código Civil, por errónea interpretación. El Tribunal sostiene que este artículo, referente a la compraventa, toma los vocablos **tradición y entrega** en idéntico sentido, y que tratándose de la entrega o tradición de inmuebles, ésta sólo es posible jurídicamente mediante la inscripción del título en la respectiva oficina; de donde resulta que si hay dos títulos de una misma cosa, correspondientes a dos personas, la entrega o tradición de la cosa sólo se verificará con relación al primero que registre su título, y no con relación al que lo registre después.

Objeta el recurrente que si se considera el mote que encabeza el Capítulo VI del Título 23, libro 4º, del Código Civil, es indudable que la palabra **entrega** complementa la primera —**tradición**;—que ésta se refiere, como lo dicen los artículos 756 y 759, al derecho de dominio de los bienes raíces, o sea al **jus ad rem**, y la entrega a lo material de ella, al **jus in re**. En este pleito aparecen cumplidas tanto la tradición como la entrega: la primera con la nota de inscripción puesta al pie de la escritura número 15; la segunda, o sea la entrega material de la cosa, con la declaración contractual que hace el comprador en este instrumento, y con la confesión que el demandado hace al respecto en el libelo de contestación.

Se considera:

No es exacta, ciertamente, la sinonimia que en concepto del Tribunal existe en los vocablos **tradición y entrega**, expresados en el artículo 1880 del Código Civil. Perfeccionado un contrato de compraventa de bienes raíces, desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio y el otorgamiento **ad solemnitatem** de la escritura pública respectiva, existe tan sólo un justo título, hábil para transmitir el dominio, y que da al comprador un derecho a la cosa, **jus ad rem**; pero el dominio de ella no se enajena por el vendedor al comprador, ni éste lo adquiere, sin la tradición o **modus adquirendum**, que en este caso se efectúa por medio de la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos.

Perfeccionado un contrato de compraventa en la forma establecida por el artículo 1857 del Código Civil, nace, entre otras, la principal obligación del vendedor de entregar la cosa, obligación que no consiste tan solamente, como lo afirma el Tribunal, en la tradición legal por medio del registro del título, sino la de transmitirle también la posesión física o material de la cosa. El artículo 1880 significa, según lo tiene declarado la Corte, que "la obligación de entregar la cosa vendida ha de tener en su cumplimiento dos efectos necesarios, transmitir la propiedad al comprador, esto es, el derecho de tener y poseer la cosa a título de dueño, **rem licere habere**, y transferirle la libre posesión, no solamnete cívica sino física, exenta de todo obstáculo, tanto de parte del vendedor como de terceros, **vacuam posesionem.**

Y en aplicación de estos principios, la Corte ha declarado también que "con la sola inscripción o registro del título de compraventa de una finca raíz, no queda cumplida en todo caso la obligación del vendedor de hacer entrega de la cosa vendida. La posesión material que le permite el goce de los servicios y frutos de la finca, no se realiza por el solo registro de la escritura."

Pero si la interpretación del artículo 1880 hecha por el Tribunal en sentido absoluto no es exacta, no por ello afecta el fallo, porque éste se basa principalmente en el artículo 1873 del Código Civil, que es el aplicable al caso del pleito, porque se trata de averiguar entre dos ventas sucesivas de una misma cosa a dos personas distintas, cuál debe prevalecer, y aquella disposición legal otorga la preferencia al comprador que haya entrado en posesión; y cuál ha de ser ésta, si la civil o la física, es punto que está decidido por la Corte reguladora:

"Cuando se trata de bienes raíces, la posesión y la entrega que deben considerarse para los efectos del artículo 1873 del Código Civil, son las producidas por el registro del título, desde luégo que verificada la inscripción, el vendedor deja de ser dueño y nada puede transmitir al segundo comprador." (Casación de 21 de febrero de 1920).

Aunque rectificable, pues, la tesis del Tribunal relativa al artículo 1880 sobre identidad entre tradición—**modus adquirendi**—y entrega material—posesión física—el fallo es, sin embargo, correcto, en cuanto se apoya en el artículo 1873.

Y no es objetable tampoco, como lo pretende el recurrente, porque haya resuelto una cuestión que no fue materia de excepción perentoria o de contrademanda, porque la mora en el cumplimiento de las obligaciones de un acreedor, que reclama las del otro contratante en una convención bilateral, tiene la sanción que establece el artículo 1609 del Código Civil, la cual constituye una excepción que el juzgador puede declarar de oficio, en virtud de la facultad que le da el artículo 51 de la Ley 105 de 1890.

Cuarto cargo:

Violación de los artículos 2577, 2652 del Código Civil y 684 del Código Judicial. Lo enuncia el recurrente alegando que el Tribunal ha fundado su decisión en un certificado del Registrador de instrumentos públicos, cuando la ley exige precisamente la copia de la escritura que expide el Notario, registrada, para acreditar la existencia legal de un contrato de compraventa de bienes raíces.

Se responde:

Aceptado por las partes el hecho de haber existido dos ventas de la misma finca a dos compradores, y planteada la controversia sobre este supuesto, surgió, como era natural, para las mismas partes y para el juzgador, la cuestión de cuál de los dos compradores era el adquirente del dominio con exclusión del otro. El Tribunal estimó que la cuestión así planteada versaba únicamente sobre la tradición, y que el orden de las inscripciones de los respectivos títulos en la Oficina de Registro, procuraba la solución con arreglo al artículo 1873 del Código Civil, siendo, por consigiuente, las sendas certificaciones del Registrador la prueba pertinente al caso controvertido.

Pero si el sentido que el recurrente atribuye a este cargo es que, aun para comprobar la tradición prevaleciente en dos contratos de compraventa, registrados ambos, no era dable apreciar el certificado de registro en reemplazo de la correspondiente escritura, el recurrente ha debido citar la disposición legal que así lo ordene y expresar el concepto de su violación.

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

1° No es casable la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha treinta y uno de enero de mil novecientos veintiocho en este juicio; y

2° Se condena al recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El Juez 2° Superior del Distrito Judicial del Socorro, en la causa criminal seguida contra Juan B. Villarreal y otros por los delitos de homicidio y heridas, sometió al Jurado de calificación los siguientes cuestionarios, que se transcriben junto con sus respectivas contestaciones:

"I. ¿El acusado Juan B. Villarreal es responsable de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Marcos Vásquez, por medio de dos heridas que, con proyectiles de revólver, le infirió, así: una, en la cara lateral derecha del tórax, sobre la séptima costilla, que perforó la pleura, el pulmón derecho, pericardio, aurícula derecha, ventrículo izquierdo, pulmón y pleura izquierdos, y fue a incrustarse en la capa muscular de la región izquierda del tórax; y otra, sobre la sien derecha, que atravesó la masa cerebral y salió en la región parietal izquierda; hecho que ejecutó el acusado en concurso recíproco de José de Jesús Mutis, en las últimas horas de la tarde del día treinta de mayo de mil novecientos veintisiete, en el recinto de la oficina de la Alcaldía del Municipio de Chima?"

El Jurado contestó: **"Sí, sin premeditación, y sin el concurso de José de J. Mutis."**

"II. ¿El acusado Juan B. Villarreal ejecutó el hecho de que trata la pregunta anterior, mediando estas circunstancias, o alguna o parte de ellas: buscando auxiliadores, con alevosía, empeñando a la víctima en riña o pelea provocada por él con ventaja conocida de parte suya, y procediendo en el ataque con sevicia?"

El Jurado contestó: "Nó."

"III. ¿El acusado Juan B. Villarreal es responsable de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Isidro Rugeles, por medio de una herida que, con proyectil de revólver, le infirió sobre la tetilla derecha, y que interesó la pleura, el pulmón derecho, el pericardio, el corazón (ventrículo derecho), el pulmón izquierdo, y quedó incrustado inmediatamente debajo de la piel, en el quinto espacio intercostal izquierdo; hecho que ejecutó el acusado en las últimas horas de la tarde del día treinta de mayo de mil novecientos veintisiete, en la plaza pública de la población de Chima, a inmediaciones de la oficina de la Alcaldía de aquel Municipio?"

El Jurado contestó: **Sí, sin premeditación."**

"IV. ¿El acusado Juan B. Villarreal procedió en la ejecución de este hecho mediando estas circunstancias, o alguna o parte de ellas: con alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo a la víctima descuidada y desapercibida, y parapetándose tras la puerta de la Casa Municipal de Chima para mejor asegurarla?"

El Jurado contestó: **"Sí, pero únicamente parapetándose detrás de la puerta."**

"V. El acusado Juan B. Villarreal es responsable de haber causado voluntaria y premeditadamente a Gregorio Rugeles tres heridas, así: una con proyectil de revólver en el ángulo inferior del omoplato izquierdo, que interesó la pleura y el pulmón izquierdo; otra contusa en el ángulo interno del ojo izquierdo, y otra, contusa también, de dos centímetros de longitud, en la parte posterior de la región frontal, que produjeron: la primera, setenta y siete días de impedimento, y las dos últimas, once días, hecho que ejecutó el acusado en concurso recíproco de José Jesús Mutis, en las últimas horas de la tarde del día treinta de mayo de mil novecientos veintisiete, en el recinto de la oficina de la Alcaldía del Municipio de Chima?"

El Jurado contestó: **"Sí, sin premeditación, de las que causaron once días de impedimento, y sin el concurso de José de J. Mutis."**

"VI. ¿El acusado Juan B. Villarreal ejecutó este acto mediando las siguientes circunstancias, o alguna o parte de ellas: empeñando a la víctima en riña o pelea provocada por él y con ventaja conocida de parte suya, buscando auxiliadores, con alevosía y sevicia?"

El Jurado contestó: **"Nó."**

En desarrollo de ese veredicto, el Juez mencionado condenó a Villarreal a las siguientes penas:

"Condénase a Juan B. Villarreal, mayor de edad, casado, natural y vecino de Chima, como autor responsable en grado medio del delito de homicidio simplemente voluntario, perpetrado en la persona de Marcos Vásquez, en las últimas horas de la tarde del día treinta de mayo de mil novecientos veintisiete, en el recinto de la oficina de la Alcaldía del Municipio de Chima, a sufrir la pena de nueve años de presidio en la Penitenciaría de Tunja.

"Condénase a Juan B. Villarreal, de las anotaciones ya dichas, como autor responsable, en grado medio, del delito de homicidio simplemente voluntario, cometido en la persona de Isidro Rugeles, en las últimas horas de la tarde del día treinta de mayo de mil novecientos veintisiete, en la plaza pública de la población de Chima, a inmediaciones de la oficina de la Alcaldía de aquel Municipio, a purgar la pena de nueve años de presidio en la Penitenciaría de Tunja.

"Condénase a Juan B. Villarreal, como responsable en grado medio, del delito de heridas inferidas al señor Gregorio Rugeles, en las últimas horas de la tarde del día treinta de mayo de mil novecientos veintisiete, en el lo-

cal de la Alcaldía del Municipio de Chima, a pagar la pena de dos años tres meses de reclusión en la Penitenciaría de Tunja."

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil reformó la sentencia de primera instancia, en lo tocante a Villarreal, en la siguiente forma:

"Condénase a Juan B. Villarreal B., como responsable del doble delito de homicidio en las personas de Marcos Vásquez e Isidro Rugeles, y heridas en Gregorio Rugeles, a purgar once años, cinco meses y diez días de presidio en la Penitenciaría de Tunja, pena que se descompone así: ocho años por el homicidio en Vásquez; dos años cuatro meses por el cometido en Isidro Rugeles, y trece meses diez días por las heridas en Gregorio Rugeles."

Para llegar a ese resultado, estimó el Tribunal que la calificación en segundo grado que se hizo de la responsabilidad de Villarreal por el homicidio cometido en la persona de Marcos Vasquez, debía disminuírsele la sexta parte diferencial de que trata el artículo 124 del Código Penal; a su vez consideró que en cuanto al homicidio cometido en la persona de Isidro Rugeles, el artículo aplicable no era el 600, sino el 602, debiendo calificarse la responsabilidad en tercer grado, con el aumento de la sexta parte diferencial de que trata el mencionado artículo 124. Y en cuanto a las heridas en la persona de Gregorio Rugeles, conservó la calificación en grado medio de la responsabilidad hecha por el Juzgado, pero con la reducción de la sexta parte diferencial (artículo 124).

Conviene advertir que la sentencia de primera instancia contiene la siguiente condenación adicional:

"Condénase también al sentenciado Villarreal a pagar a los herederos o representantes legales del interfecto Isidro Rugeles, la cantidad de tres mil pesos oro legal como indemnización de los perjuicios causados con el delito, los que fueron justipreciados en forma legal y aceptados por las partes, y a pagar, igualmente, al señor Gregorio Rugeles, o a quien sus derechos represente legalmente, la cantidad de cincuenta y cinco pesos oro legal, como indemnización de los perjuicios que sufrió a consecuencia de las heridas que le causó."

El Tribunal reformó igualmente esa condenación, al declarar que no era "el caso de condenar aquí a los procesados Villarreal y Mutis por el monto de la indemnización de daños y perjuicios, por no haberse intentado la acción civil correspondiente. En consecuencia, declárase levantado el embargo de bienes."

Contra el fallo del Tribunal, que lleva fecha octubre veintiuno de mil novecientos veintinueve, interpusieron casación tanto el Fiscal de esa entidad como el condenado Villarreal, demandas que es necesario estudiar por separado.

Ante la Corte constituyó Villarreal un apoderado especial, y como el alegato presentado por éste durante el traslado, amplía y sustenta las razones que ante el Tribunal expuso el mismo condenado al interponer el recurso, al estudio de ese alegato se concretará de preferencia esta parte del fallo.

Demanda de casación del condenado Villarreal.

Como causales se invocan la primera, segunda y tercera de las consignadas en la Ley 78 de 1923, en su artículo 3º

El recurrente, en orden lógico, estudia en primer término la segunda de las causales mencionadas. Con apoyo de ella presenta distintos motivos de nulidad.

Se alega en primer término que no se corrió a los procesados el traslado de que trata el artículo 273 de la Ley 57 de 1887, y que él no se surtió en la forma que determina el artículo 1º de la Ley 105 de 1890.

Se contesta:

Aun suponiendo que fueran ciertas las anteriores omisiones, ellas no implicarían nulidad, como lo reconoce el mismo recurrente, cuando dice:

"Verdad es que esta irregularidad, omisión o anomalía, o como quiera llamarse, no está erigida en causal de nulidad sustancial, de las que impone la reposición de lo actuado, y que taxativamente enumeran los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887."

Mas es lo cierto que los traslados sí se cumplieron y llevaron a cabo en la forma legal. El traslado que ordena el artículo 273 de la Ley 57 de 1887, no exige que se corra al defensor y al reo, sino al uno o al otro, y en el presente caso se le corrió al defensor; de suerte que se llenaron los fines legales.

Y por lo que hace a la forma como se surtieron esos traslados, en las notificaciones respectivas se encuentra la siguiente constancia:

En el Socorro, a tantos de tantos, se puso a disposición del defensor señor ..... "este expediente, por el término de dos días, y para surtir el traslado ordenado," o "para los efectos del traslado"; de modo que sí se llenaron los requisitos de que trata el artículo 1º de la Ley 105 de 1890.

Se alega que el auto de fecha octubre nueve de mil novecientos veintiocho, por el cual se señaló día y hora para el sorteo de Jurados, no fue notificado personalmente, como era de rigor, al doctor Luis Antonio Martínez, defensor del procesado José de J. Mutis.

Se contesta:

No tiene la menor importancia este cargo, primero y principalmente, porque todo lo que se relaciona o pueda relacionarse con el condenado José de J. Mutis, se sustrae a la casación, por no referirse ésta a aquel condenado, y además, porque, como lo reconoce el mismo apoderado de Villarreal, tal circunstancia no constituye motivo de nulidad, por haber concurrido dicho doctor Martínez a la diligencia de sorteo, y por haber hecho uso del derecho de recusar. Agrega la Corte que la notificación sí se hizo, pues aparece que ella se surtió por medio de edicto.

Se alega que, de acuerdo con el artículo 276 de la Ley 57 de 1887, no fueron los reos sino sus defensores los que hicieron uso del derecho de recusar en el acto de sorteo de Jurados, y que tampoco se extrajeron todas las balotas correspondientes, teniendo en cuenta que existían tres procesados, el acusador particular y el Fiscal; todo lo cual acarrea nulidad, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887.

Se contesta:

En relación con lo primero, ciertamente el artículo 276 mencionado habla de que cada procesado podrá recusar libremente un designado, pero eso no impide que estando presente el defensor sea éste quien recuse; pues para los efectos de la personería jurídica en la tramitación del juicio, hasta cierto punto se identifican, y es precisamente el defensor, el que por sus conocimientos y por la posición social y de derecho que le da el cargo que desempeña, está en mejores condiciones de apreciar cuáles son las personas que en su concepto ofrecen mayores garantías de imparcialidad. Nada impide, por otra parte,

que para ese efecto se pongan de acuerdo el procesado y su defensor, acuerdo que en este caso se deduce de la lectura del acta en que se hizo el sorteo, en la cual, a pesar de haber comparecido el procesado Villarreal, no hizo la menor objeción al nombre recusado por su defensor.

Y por lo que hace al número de balotas que se extrajeron, no había necesidad de todo el número que menciona el recurrente, porque aun cuando en el proceso existía un acusador particular, su intervención está limitada a lo que determina la Ley 104 de 1922, en relación con el artículo 6º de la Ley 68 de 1928; el acusador no tiene, pues, carácter de parte, y por tanto, mal se le podía tener en cuenta en la diligencia de sorteo.

Se dice que al tenor del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, numeral primero, "produce nulidad en los negocios de Jurado, el no haberse notificado a las partes el auto en que se señala día y hora para el sorteo de dichos Jurados, siempre que la diligencia se practique sin la asistencia de la parte no notificada, y que sea ésta la que alegue la nulidad"; que de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 1ª de 1923, el auto en que se señala nuevo día para el reemplazo parcial de alguno o algunos de los designados, debe notificarse personalmente a las partes, y que en este proceso al doctor Luis A. Martínez, defensor del procesado José de J. Mutis, no se le notificó ni personalmente ni por edicto el auto del Juzgado por el cual se señaló nuevo día y hora para reemplazar a los designados José Gómez P. y José Vicente Acebedo, ni tampoco asistió dicho doctor Martínez a la diligencia respectiva.

Se contesta:

No siendo la casación una tercera instancia, sino un recurso extraordinario, que se inicia y adelanta en virtud de gestiones del respectivo interesado, la Corte, como ya se dijo, únicamente se ocupa de la situación jurídica de los procesados que hayan recurrido; por consiguiente, el estudio de las informalidades en que se haya podido incurrir en el procedimiento en relación con el condenado José de J. Mutis, quien no recurrió en casación, está sustraído al conocimiento de la Corte.

En materia criminal no se puede decir, como lo pretende el recurrente, que todos los procesados formen siempre una sola parte con carácter solidario, en forma que todo lo que se diga respecto de uno de ellos, comprenda a todos los demás; pues la responsabilidad, principalmente la de carácter estrictamente penal, es absolutamente individual, y por tanto, individual también es su defensa, e individual su posición jurídica durante el curso del juicio.

Se alega que el Jurado Gregorio Duarte carece de las condiciones de idoneidad e ilustración que para tan delicado cargo exigen los artículos 238 de la Ley 57 de 1887, y 2º de la Ley 1ª de 1923, lo que trae una nueva nulidad, según lo preceptuado en el artículo 265 de la Ley 57 de 1887, numeral 3º

Se contesta:

No es suficiente para entrar en el estudio de fondo de este punto, la simple afirmación que hace el recurrente, desprovista de toda prueba que la corrobore. La Corte no puede oficiosamente entrar a buscar en el expediente las pruebas que puedan confirmar lo aseverado por un recurrente, el cual tiene la obligación de mencionarlas, explicarlas y determinar su alcance jurídico y legal.

Se agrega por el recurrente:

"En mi humilde sentir, el Jurado no es competente para calificar el delito de heridas por que han venido respondiendo los procesados Villarreal y Mutis y Gregorio Rugeles, de acuerdo con el espíritu y clara letra del artículo 236 de la Ley 57 de 1887, que circunscribe esa calificación de modo taxativo y terminante a los delitos enumerados en el artículo 102 de la Ley 61 de 1886, provisional, orgánica del Poder Judicial.

"Se me objetará que, de acuerdo con el artículo 99 del Código de Organización Judicial y el 23 de la Ley 104 de 1922, cuando en un mismo sumario se investiguen uno o más delitos, corresponde conocer de todos, y por razón de accesión, al Juez a quien competa el conocimiento del de mayor gravedad, y que entonces, investigándose unos homicidios a la vez que unas heridas, la competencia estaba radicada en el Juzgado Superior, a quien estaba atribuído el conocimiento de aquéllos. La objeción es verdadera y válida, en cuanto al conocimiento y calificación corresponde al Juez Superior, que yo no niego, pero no lo es en cuanto a la calificación haya de hacerse por el Jurado, por más que la jurisprudencia haya venido sosteniendo que los Jueces Superiores sólo pueden conocer con intervención del Jurado de los delitos que caen bajo su jurisdicción."

De lo anterior deduce que se ha incurrido en la causal de nulidad que prevé el numeral 1º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, o sea incompetencia de jurisdicción.

Se contesta:

Si como lo reconoce el mismo interesado, el Juez competente para conocer, no sólo del homicidio sino también de las heridas, era el Juez Superior, en virtud de lo ordenado en los artículos 99 del Código Judicial y 23 de la Ley 104 de 1922, el procedimiento, por las mismas razones, tenía que ser idéntico para ambos delitos, pues esos artículos no establecen diferencia alguna; de lo contrario, no se lograrían los fines que persigue la ley, o sea que cuando se trata de varios delitos que se investigan en un mismo proceso, se guarde unidad de procedimiento y unidad de jurisdicción, porque así se garantizan mejor los intereses de la justicia.

Invocando solamente violación del artículo 26 de la Constitución, se dice que en los cuestionarios se incluyó la circunstancia de la premeditación, siendo así que de acuerdo con el auto de proceder, los homicidios quedaron planteados en las condiciones de los simplemente voluntarios.

Se contesta:

Habiendo negado el Jurado la circunstancia de la premeditación, no hay materia de fondo qué estudiar en lo relacionado con este cargo.

Segunda causal, sostenida por el apoderado del condenado.

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta, o por haberse aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar.

Con fundamento en esta causal se alega que la disposición aplicable en lo relacionado con el homicidio cometido en la persona de Marcos Vásquez, no era el artículo 600 del Código Penal, como lo hizo el Tribunal, sino la penalidad atenuada que señalan los artículos 603 a 605 de la mencionada obra, o en subsidio, la que fija el inciso 2º del artículo 602.

Con respecto a la primera petición, el recurrente se refiere a la injusticia notoria del veredicto en esa parte, cuestión que él mismo sustrae del estudio de la Corte; también menciona la declaración del testigo Rafael Villarreal Rodríguez, de la cual y de algunas otras consideraciones que hace, deduce que concurrieron alguna o algunas de las circunstancias previstas en los artículos 603 a 605 del Código Penal.

Se contesta:

En relación con este punto, o sea con la aplicación de los artículos 603 a 605 del Código Penal, la Corte ha repetido en varios fallos que, para poder aplicar esas disposiciones, se necesita que el Jurado haya reconocido en alguna forma las circunstancias de atenuación que contemplan, pues teniendo ellas un carácter de hecho, su reconocimiento solamente corresponde a los Jueces de esa clase; y como en el presente caso la contestación fue sencillamente afirmativa, sin agregación alguna, el homicidio quedó comprendido en la categoría de los simplemente voluntarios, al cual corresponde la penalidad que tuvieron en cuenta los Jueces de instancia, o sea la señalada en el artículo 600 del Código Penal.

Para justificar aún más esta conclusión, es conveniente transcribir lo que en casos análogos ha dicho la Corte, principalmente en la sentencia de fecha abril treinta de mil novecientos veintiocho, publicada en la **Gaceta Judicial** número 1812:

"....De suerte que la responsabilidad del acusado correspondió a la de un homicidio simplemente voluntario, cuya penalidad está señalada en el artículo 600 del Código Penal, que dice:

'El reo de homicidio simplemente voluntario sufrirá la pena de seis a doce años de presidio, menos en los casos previstos en alguna disposición especial.'

"Estas disposiciones especiales, entre las cuales figuran los artículos 602 y 604 que invoca el recurrente, corresponden o se refieren a los homicidios excepcionalmente atenuados, y la aplicación de esas disposiciones especiales depende, principalmente, de lo que diga el veredicto. Si éste, como sucedió en el presente caso, no contiene modificación alguna, no obstante que la defensa solicitó del Jurado que agregara a su respuesta las circunstancias de que tratan los artículos 602 y 604, mal podía el Juez de derecho, al aplicar la ley penal, tener en cuenta esas modificaciones que envuelven delicadas cuestiones de hecho que sólo a los Jueces de conciencia corresponde resolver.

"En el estado actual del proceso es inútil, por tanto, el estudio y análisis de lo que puedan decir algunas declaraciones sobre la forma como se desarrollaron los acontecimientos, ya que el veredicto es la norma que se impone para examinar si ha habido acierto en la aplicación de la ley penal, y la claridad del que se pronunció en este caso y que se transcribió anteriormente, no deja la menor duda acerca de la correcta y debida aplicación que del artículo 600 del Código Penal se hizo por parte de los Jueces de instancia."

Por lo que hace al pedimento subsidiario, o sea, la aplicación del inciso 2º del artículo 602, era necesario, para poder abordar el correspondiente estudio de fondo, como también lo ha repetido la Corte en varios fallos, que se hubieran estudiado las distintas probanzas del expediente, con el fin de demostrar que la responsabilidad de Villarreal correspondía a una de las situaciones de menor gravedad de que tratan los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587 en relación con el 602, pues la penalidad en esos casos no es siempre la que determina este último artículo, sino la que señala el 600 y sólo por excepción, cuando a juicio del Juez encuentre una menor gravedad, puede aplicarse la penalidad atenuada de que trata ese artículo 602.

Y ese juicio del Juez, como se ha dicho repetidas veces, no puede formarse arbitrariamente, sino que depende del examen cuidadoso del proceso.

A pesar de lo anotado, es conveniente transcribir el texto de la misma declaración que cita el recurrente, o sea la de Rafael Villarreal Rodríguez, y de la cual se deduce más bien la mayor gravedad del homicidio de que se trata.

Dice esa declaración:

"El día treinta de mayo último, como a las cinco de la tarde, llegué a la oficina de la Alcaldía de este Municipio y en ella encontré a los señores Juan B. Villarreal y a su hijo Gustavo, a Juan de Jesús Mutis, Gregorio Rugeles, Marcos Vásquez, Ramón Gómez Camacho y a los empleados de la oficina; pude apreciar que éstos se ocupaban en una diligencia sobre medianías, por lo cual alegaban los demandantes, que lo eran Gregorio Rugeles y Juan B. Villarreal. En seguida leyeron la diligencia que habían sentado y ésta suscitó una discusión en la cual decía Juan Villarreal que se sometía a lo que decían los señores Ramón Gómez Camacho, Marcelino Ardila, Demetrio Patiño y Valois Gómez, y entonces Marcos Vásquez dijo a Villarreal que si él también no era señor y uno de los peritos, y de ahí surgió una discusión agresiva por parte de don Juan B., quien trataba siempre de excluir el concepto del perito Vásquez, y todos se exaltaron con ese motivo, y Juan B. Villarreal, Vásquez y Gregorio Rugeles, se dirigieron como a encontrarse en són de molestia, y al instante se pararon Gustavo Villarreal y Juan de Jesús Mutis y sacaron sus revólveres y fueron a dispararlos sobre Gregorio y Marcos; pero en ese momento yo me metí por medio y a ambos les levanté el brazo, por lo cual los dos primeros disparos dieron cerca al cielo raso de la oficina; en seguida los mismos Gustavo y Juan de Jesús le dispararon a Marcos, por lo cual lo vi herido en la cara, y éste se dirigió para un rincón como a buscar refugio y entonces los mismos le hicieron una segunda descarga e inmediatamente Marcos cayó al suelo y quedó muerto. En ese momento vi salir de la oficina a Gregorio Rugeles dirigiéndose por el zaguán hacia el interior de la Casa Consistorial, y noté que iba herido; en eso lo siguió don Juan Villarreal disparándole por la espalda; le disparó como unos tres tiros hasta que al fin se volvió Gregorio de frente y ambos se dispararon los últimos tiros que tenían en sus revólveres; y ahí no observé que se hubieran herido; además se enfrentaron de cerca y se dieron por último de calibrazos con los revólveres. En eso entró la señorita Carlina Gómez pidiéndoles las armas y Gregorio le entregó inmediatamente su revólver y don Juan se negó a entregarlo, dirigiéndose nuevamente sobre Gregorio a quien acometió a calibrazos. En ese momento el señor Demetrio Patiño forcejeaba por quitarle el revólver a Gustavo Villarreal, y éste disparaba su revólver sobre Gregorio, pero tal arma ya no le daba fuego. En seguida entró don Isidoro Villarreal y tomó el revólver a Gustavo y se dirigió inmediatamente a preguntarle a don Juan que qué era lo que pasaba y éste le dijo que lo respetaran, por lo cual le replicó que ellos eran los que debían respetar.

En ese momento salió Gregorio a la calle, quedándose solamente don Juan y su hijo Gustavo dentro del zaguán, cuando dijeron que venía Isidro Rugeles; éste se presentó frente a la puerta de la Consistorial y preguntó por el que había herido a su hermano, y don Juan y Gustavo cerraron la puerta; después vi que don Juan entreabrió la puerta, sacó el brazo y disparó dos tiros hacia donde estaba Isidro; en seguida el mismo don Juan entreabrió más la puerta, y asomando un poco el busto, le apuntó a Isidro, quien se hallaba al frente y a distancia de unos tres metros, le disparó. Isidro en seguida se puso la mano en el pecho, anduvo por la plaza como unos tres metros, y cayó; momento en el cual, apoyando una rodilla en tierra, hizo un disparo hacia la puerta donde estaba don Juan, y en seguida se desplomó completamente. Cuando don Juan hizo los primeros disparos hacia donde estaba Isidro, éste también disparó hacia la puerta. Después de caído Isidro, don Juan hizo todavía unos disparos hacia donde estaba el grupo que recogía el herido, sin que tuvieran consecuencias. En seguida don Juan abrió la puerta y asomándose dijo que se le había cumplido su intento de lo que esos canallas pensaban, de asesinarlo ese día, acercándose hasta el pie del herido Isidro, dirigiéndole a éste palabras agresivas que ya no recuerdo."

Con fundamento en esta misma causal que se viene examinando, se ataca la sentencia del Tribunal en cuanto calificó en segundo grado la responsabilidad de Villarreal por el homicidio cometido en la persona de Marcos Vásquez, y se señalan como violados los artículos 117, 118, 119 y 124 del Código Penal.

Para sostener esta tacha se dice que el Tribunal únicamente tuvo en cuenta como circunstancia agravante el hecho de haberse cometido los delitos en el recinto de la Alcaldía, cuando su personal se hallaba en audiencia pública y en la tarea de administrar justicia. Esta circunstancia agravante no puede tener el carácter de tal en el presente caso, porque el procesado no buscó precisamente ese sitio para la comisión de los delitos, pues si ellos se cometieron en tal lugar fue de una manera casual e imprevista. Además, suponiendo que esa circunstancia estuviera justificada por sí sola, no es suficiente para calificar en segundo grado la responsabilidad, pues el artículo 123 exige pluralidad de ellas para llegar a tal apreciación.

Se contesta:

Aun cuando es cierto que el Tribunal únicamente mencionó en su providencia la circunstancia agravante de que se ha hablado, es lo cierto que al aceptar la calificación que en segundo grado había hecho el Juez de primera instancia y al confirmar por tanto el fallo pronunciado por éste, prohijó las demás agravantes que éste tuvo en cuenta y que consignó en su sentencia, de las cuales no se ocupó el recurrente y que por sí solas sirven para justificar el fallo recurrido por este aspecto. Dijo así ese Juez:

"La delincuencia del señor Villarreal se califica en grado medio en todos los tres delitos, porque hay concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes en la perpetración de ellos. En efecto: está comprobada la buena conducta anterior, que es poseedor de algunas cualidades morales, como buen padre de familia, buen amigo, respetuoso de las autoridades, y que es la primera vez que se le procesa; y también consta que goza de ilustración, que ocupa distinguida posición social y financiera, que ejecutó los hechos en el recinto mismo de la Alcaldía del Municipio de Chima, en presencia del señor Alcalde, y en la plaza pública de aquel lugar, que se parapetó tras la puerta de la Casa Consistorial y en esa posición ventajosa realizó el ataque contra el señor Isidro Rugeles; que los hechos verificados tuvieron una gran resonancia y produjeron grande alarma y escándalo, y las mayores obligaciones que el sentenciado tiene para con la sociedad."

Mas aun suponiendo que el Tribunal hubiera desechado implícitamente esas otras agravantes mencionadas por el Juez de primera instancia, para tener solamente en cuenta la que él menciona en su sentencia, es necesario ver su alcance jurídico y si además concurren otras, lo que llevaría a la Corte, por distintos motivos, a las mismas conclusiones del Tribunal, lo cual haría innecesaria la invalidación del fallo, según el mandato expreso del artículo 12 de la Ley 90 de 1920, inciso último.

El ordinal 7º del artículo 117 del Código Penal menciona como circunstancia agravante "la mayor publicidad o respetabilidad del sitio del delito y la mayor solemnidad del acto en que se cometa."

El Alcalde es la primera autoridad política del Municipio, a quien se debe respeto en su despacho y fuera de él, y si, como en el presente caso, el hecho delictuoso se cometió en el propio lugar de su oficina, cuando realizaba un acto de justicia, por su naturaleza de la mayor solemnidad, no hay duda que se llenaron los requisitos de que trata el mencionado numeral 7º

Además, si bien es cierto que no consta en el expediente que Villarreal hubiera buscado precisamente ese sitio para ejecutar el delito, es lo cierto que habiendo sido el provocador, como se demuestra con lo expuesto anteriormente, a sabiendas del lugar en que se encontraba y del personal que estaba formando parte en la diligencia, llevó a cabo su acción delictuosa sin que nada ni nadie hubiera sido capaz de detenerlo en su intento.

A la anterior circunstancia agravante, la Corte estima que podrían agregarse otras, como la frecuencia con que se cometen delitos de sangre en esa región y el haber sido varios los agresores.

Por lo que hace a la condenación de Villarreal por el homicidio en la persona de Isidro Rugeles, el recurrente estima que se violó el artículo 602 del Código Penal por indebida aplicación, siendo así que la penalidad que debía imponerse era la consignada en algunos de los artículos 603 a 605.

Se contesta:

Ya se vio cuáles son las condiciones que se requieren para la aplicación de alguno de estos artículos, y como ellas no se han cumplido en ninguno de los dos casos, son aplicables a este último los mismos razonamientos.

El recurrente agrega que en esta parte del fallo se violó también el artículo 124 al hacer uso el Tribunal de la facultad que allí se consagra, pero solamente se hizo sobre este particular una afirmación, sin ensayar demostración alguna.

Ataca el recurrente la sentencia del Tribunal en cuanto ésta condenó a Villarreal por el delito de heridas, aplicando el artículo 648 del Código Penal, no obstante que el Jurado descartó la premeditación. Dice que exigiendo ese artículo la concurrencia de la premeditación

y habiendo sido descartada ésta por el Jurado, el Juez no podía dar aplicación a ese artículo, lo que quiere decir que en realidad fue indebidamente aplicado.

Combate subsidiariamente la calificación que en grado medio se hizo de la responsabilidad en lo tocante a este delito de heridas.

Se considera:

No se explica el procedimiento del Tribunal que después de haber absuelto por el delito de heridas a otro de los procesados, José de J. Mutis, por haber negado el Jurado la premeditación después de una erudita exposición, hubiera llegado sin embargo a una conclusión distinta en lo relacionado con la responsabilidad de Villarreal, siendo así que la situación jurídica era exactamente la misma.

En un caso semejante dijo la Corte lo siguiente:

"En relación con las dos últimas causales mencionadas, que el señor apoderado ante la Corte estudia conjuntamente, tanto éste como el defensor al interponer el recurso razonan así:

"El Tribunal violó el artículo 648 del Código Penal por indebida aplicación, desde luégo que este artículo exige como elemento esencial, que las heridas se hayan cometido con premeditación, la cual fue descartada por el Jurado al contestar el respectivo cuestionario, y se agrega:

"Luego no se puede cobrar al acusado un hecho del cual lo eximió el Jurado. Sin que valga decir que alguna teoría de la Corte Suprema de Justicia aceptó el delito de heridas sin aquella circunstancia, alegando sin fundamento, que la premeditación de las heridas era distinta de la premeditación del homicidio. De acuerdo con el Código Penal, no hay sino una clase de premeditación, la que el mismo Código define diciendo que 'es una deliberación o resolución previa.' Para obrar dentro de la ley penal ha debido la sentencia eximir al procesado Mesa de toda responsabilidad respecto a la herida que recibió Bruno Monsalve; no lo hizo, luego se violó la ley."

"Para resolver, se considera:

"Varias clases de heridas reconoce el Código Penal, siguiendo una denominación análoga a la establecida con respecto al homicidio, así: heridas cometidas con premeditación (artículos 645 a 650 y 654); heridas cometidas con premeditación y circunstancias de asesinato (artículo 651); heridas voluntarias (artículos 652, 653, 654, 655, 660 y 661); heridas involuntarias (artículos 662 y 663), todas las cuales están sancionadas con penas distintas.

"La anterior clasificación está indicando con toda claridad que el Código Penal en esta materia distingue entre el simple acto voluntario y el premeditado, lo que quiere decir que no puede ser indiferente para el Juez de derecho que concurra o nó esta última circunstancia en las heridas.

"Ahora bien: si el Jurado descartó la premeditación en el delito de heridas que se estudia, y si la obligación del Juez de derecho es la de dictar sentencia en armonía con el veredicto (artículo 49, Ley 169 de 1896), no hay duda que el Tribunal, al aplicar el artículo 648 que exige la premeditación, no sólo desconoció las diferencias fundamentales que la ciencia penal y los códigos penales del mundo, inclusive el nuestro, establecen entre ese elemento y el simple acto voluntario, sino que también se puso en desacuerdo con la expresa, clara y categórica contestación de los Jueces de conciencia.

"El procedimiento del Tribunal se disculpa en parte debido al antecedente de la sentencia dictada por la mayoría de esta Sala, de fecha noviembre veinte de mil novecientos veintiséis, en la casación de Natividad Castellanos, la cual se rectifica por medio de la presente, no sólo en virtud de la colaboración del Conjuez, sino porque uno de los Magistrados que entonces compartió la doctrina que se desarrolla en esa sentencia, el doctor Trújillo Arroyo, dice acertadamente en el proyecto que le correspondió formular como sustanciador en este asunto lo siguiente:

'Efectivamente la sentencia del Tribunal está en desacuerdo con el veredicto desde luégo que éste declara que las heridas se cometieron sin premeditación y se aplicó la ley como si la existencia de esa circunstancia hubiera sido declarada por el Jurado. Debe, pues, casarse parcialmente la sentencia en lo relativo al delito de heridas por la causal 3ª'

"Cumple examinar ahora, si la contestación del Jurado corresponde a uno de los casos de heridas voluntarias que prevé la ley penal.

"Esta clase de heridas no tienen la generalidad que debieran tener en el Código; están limitadas, sin que se justifique la causa de esa limitación, al que 'voluntariamente hiera, dé golpes o maltrate de obra a su padre, madre u otro ascendiente, a su cónyuge,' (artículo 652), 'contra el hermano o la hermana, padrastro o madrastra, hijastro o hijastra, suegro o suegra, yerno o nuera, tío o tía carnal, sobrino o sobrina, o contra el adoptante o persona con que habita el sindicado, o cuyos salarios perciba,' (artículo 653); 'los salteadores o ladrones que para robar o hacer alguna otra fuerza o en acto de cometer alguno de los delitos, o después para encubrirlos o salvarse, hieran o maltraten de obra a otro en los casos que eximen de la pena común del homicidio voluntario, según los artículos 604 a 608....' (artículo 660); 'en los casos de heridas o maltratamientos causados en riña sin traición ni alevosía....' (artículo 661).

"Para saber si se trata de uno de los casos anteriores es necesario examinar cómo sucedieron los hechos que dieron lugar a la formación del proceso."

En la sentencia que se acaba de transcribir, en lo pertinente, se absolvió por las heridas, porque dada la forma como se desarrollaron los acontecimientos, no se encontró disposición penal aplicable.

Al examinar la historia de los hechos en este proceso, de acuerdo con la declaración del testigo Rafael Villarreal Rodríguez, que se reprodujo anteriormente, corroborada con los testimonios de Demetrio Patiño, Marcelino Ardila, Manuel Uribe y otros, después de los disparos en el recinto de la Alcaldía, y los cuales trajeron por consecuencia la muerte de Marcos Vásquez, al salir Gregorio Rugeles por el zaguán hacia el interior de la Casa Consistorial, Juan B. Villarreal "le disparó unos tres tiros hasta que al fin se volvió Gregorio de frente y ambos se dispararon...."

De lo anterior puede deducirse que entre ellos hubo una riña y que por tal motivo la disposición aplicable corresponde a la que determina el artículo 661 que dice:

"En los casos de heridas o maltratamientos causados en riña, sin traición, ni alevosía, las penas señaladas en los artículos anteriores se reducirán a la mitad para el provocador y a la tercera parte para el provocado."

Contempla, pues, esa disposición, como ya se vio, un caso de heridas simplemente voluntario, que corresponde a la declaratoria del Jurado, que descartó la premeditación.

Villarreal desempeñó en esa riña el papel de provocador, pues como lo asegura entre otros declarantes Rafael Villarreal Rodríguez, fue aquél quien provocó "una discusión agresiva" y que más tarde persiguió a Gregorio Rugeles.

De suerte que al dictar la sentencia que por este aspecto deba reemplazar la de instancia, la penalidad que fija el artículo 648, dada la duración de la incapacidad, debe reducirse a la mitad que señala el mencionado artículo 661.

Por lo que hace a la calificación que en segundo grado hizo el Tribunal de la responsabilidad de Villarreal en el delito de heridas que se viene examinando, el recurrente se limitó a decir lo siguiente:

"Y aún más, volvió a violar el Tribunal en su sentencia por segunda vez al calificar la delincuencia en segundo grado, los artículos 117 y 114, para demostrar lo cual me sirven los mismos argumentos que al tratar sobre igual tópico hice cuando estudié el homicidio que se imputa a mi cliente por la muerte de Marcos Vásquez."

Como esos argumentos fueron desechados, lógicamente se impone la conservación en segundo grado que de la responsabilidad por las heridas hizo la sentencia recurrida.

La tercera causal que se alega, o sea, el no estar la sentencia de acuerdo con el veredicto del Jurado, la refiere el recurrente al hecho de haberse condenado por heridas, con aplicación del artículo 648, no obstante que el Jurado descartó la premeditación, y como los fundamentos son los mismos que expuso para sustentar la primera, y como ellos se han encontrado justificados según se acaba de ver, es innecesario un nuevo examen sobre esta cuestión.

Unicamente conviene agregar que, si como ya se vio, el artículo 648 del Código Penal fue indebidamente aplicado, la consecuencia en el presente caso no es la absolución, pues dada la forma como se verificaron los acontecimientos, la respuesta del Jurado reclama la aplicación de la penalidad del artículo 661, que se refiere a una situación especial de heridas, simplemente voluntarias.

Demanda de casación del Fiscal del Tribunal.

Invocando las causales primera y tercera del artículo 3° de la Ley 78 de 1923, este funcionario interpuso recurso de casación.

Con fundamento en la primera, ataca la sentencia del Tribunal en cuanto ésta declaró que no era el caso de condenar a Villarreal por el monto de la indemnización de daños y perjuicios por no haberse intentado la acción civil correspondiente, habiendo levantado en consecuencia el embargo de bienes.

Después de examinar el alcance que tienen, en su concepto los artículos 87 del Código Penal; 39 de la Ley 169 de 1896; 113 de la Ley 57 de 1887, y 20, 22 y 26 de la Ley 104 de 1922, parece dar a entender, aun cuando no lo dice de una manera terminante, que sí existe facultad legal para condenar oficiosamente por perjuicios, tal como lo hizo la sentencia de primera instancia, y que por lo tanto debe casarse por tal motivo la sentencia recurrida.

Se considera:

Como la Corte en repetidos fallos ha venido sosteniendo que principalmente y en armonía con lo que dispone el artículo 24 de la Ley 104 de 1922, lo relativo a la indemnización de perjuicios en esta clase de procesos, queda reservado a la sola iniciativa particular, la cual debe ejercitar la acción civil correspondiente, y así el señor Fiscal del Tribunal carecía de personería para intentar recurso de casación en la forma en que lo hizo, por no referirse la materia sobre que versa su demanda a cuestiones que pudiera ejercitar como Agente del Ministerio Público.

En relación con este punto de la indemnización de perjuicios y con el sólo objeto de hacer ver la falta de personería por parte del Agente del Ministerio Público en la demanda de casación por él interpuesta, es conveniente transcribir lo que se dijo en la casación de Solón M. Ortegón y Faustino García, de fecha treinta de agosto de mil novecientos veintisiete:

"....Entre los sistemas del avalúo y condenación oficiosa dentro del juicio criminal, y del mismo avalúo y condenación mediante el ejercicio de la acción correspondiente por la persona en cuyo favor se establece por la ley (y dentro del juicio criminal, guardando las correspondientes prescripciones, o bien en juicio civil independiente), sí hay verdadera incompatibilidad: son dos sistemas que no pueden coexistir.

"Y si se considera que el primero de dichos sistemas es el que establece el artículo 113 de la Ley 57 de 1887, y el segundo de ellos el que consagra el artículo 22 de la Ley 104 de 1922, que vino a reproducir lo dispuesto por el artículo 1500 del Código Judicial, ampliándolo, puede verse con claridad, aplicando las reglas relativas a la derogación tácita, que, por una parte, el artículo 113 de la Ley 57 derogó el 1500 del Código Judicial, y por otra, y en sentido inverso, que al entrar a regir el artículo 22 de la Ley 104, hizo un cambio radical del sistema hasta entonces existente, modificando el artículo 113 citado, y derogando tácitamente las disposiciones contrarias al nuevo sistema.

"Este encarna un procedimiento especial para el logro de la reparación de los perjuicios que al ofendido cause el delito, procedimiento que, como queda dicho, puede seguirse dentro del mismo juicio criminal o en juicio civil separado, pero en ningún caso de oficio (artículo 39, Ley 169 de 1896).

"Desde el momento en que el artículo 43 de la Ley 104 incluye dentro de las disposiciones modificadas por la misma Ley el artículo 113 de la Ley 57, se hace preciso considerar que este último texto no puede subsistir en su integridad, sino en aquello que no contraríe al nuevo sistema, que elimina el procedimiento de oficio. Podrá

entonces la parte interesada, si lo pide en legal forma, presentar las pruebas que estime conducentes, y el Juez fijará en la sentencia la suma que se deba al ofendido por indemnización; y ejecutoriada la sentencia prestará mérito ejecutivo, según el artículo 113, pero no podrá hoy el Juez ordenar de oficio, desde que un juicio criminal se abra a prueba, que se proceda al avalúo de los perjuicios, ni condenar en la sentencia al monto que se deduzca de ese avalúo, cuando el ofendido no se ha hecho parte, porque esto no es conforme con lo que preceptúa el artículo 22 de la citada Ley 104.

"Esta Sala, en sentencia de casación dictada con fecha veintiséis de junio del año pasado (**Gaceta Judicial** número 1696-97, página 7ª a página 8ª, columna 1ª), dijo unánimemente:

'Tercer motivo. Haber condenado la sentencia a los reos al pago de una suma de dinero como indemnización de perjuicios que hubiese ocasionado el delito, condenación que hizo el Juez Superior entre las penas accesorias, y que confirmó el Tribunal sin ningún reparo, a pesar de no haberse hecho pedimento alguno al respecto por la parte agraviada, como lo determina el artículo 22 de la Ley 104 de 1922, el cual, bajo este concepto, se considera violado en la sentencia.

'Dice así esta disposición:

'La acción civil, para la reparación del daño causado por el delito, no puede intentarse sino por la persona perjudicada o sus herederos, y siempre que del delito resulten daños o perjuicios a personas que no hayan intervenido en él.'

"Más adelante se encuentra, en la ley citada, el artículo 43, el cual, entre otras disposiciones en ella derogadas y modificadas, enumera el artículo 113 de la Ley 57 de 1887, que dice:

'Desde que en un juicio criminal se abra la causa a prueba, el Juez debe ordenar, de oficio, que se proceda a avaluar por peritos los perjuicios sufridos por el ofendido; pudiendo las partes presentar las pruebas que estimen convenientes respecto de dichos perjuicios... El Juez, en la sentencia que dicte, fijará la cuota de la indemnización debida al ofendido, aunque éste no se haya hecho parte en el juicio, y ejecutoriada la sentencia, presta mérito ejecutivo en favor del agredido o sus herederos, y contra el agresor.'

"Así, pues, hoy no rige la disposición últimamente transcrita, sino la que estatuye lo contrario, es decir, la de la Ley 104 de 1922 arriba citada, según la cual no se puede adelantar de oficio, ni mucho menos condenar sobre cuestión de perjuicios o valor de daños causados por un delito, mientras la persona perjudicada o sus herederos no hayan tomado la correspondiente iniciativa; es perfectamente jurídico el tercer motivo de la cuestión alegado por el recurrente, y debe por tanto casarse en esa parte el fallo recurrido.

"Y aun cuando en otros fallos (no unánimes), había interpretado esta Sala de la Corte los artículos 20 y 22 de la Ley 104 de 1922 con un alcance distinto, es lo cierto que la interpretación más acorde con el espíritu de esa Ley y con la historia fidedigna de su establecimiento —que se halla en la correspondiente exposición de motivos—es la que hoy se consigna, por modo bien explícito, en los considerandos precedentes.

"Tanto el Tribunal como el Juzgado en sus sentencias parecen entender que la acusación particular ejercitó la acción que le es propia en lo relativo a la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito porque solicitó el embargo de bienes suficientes para asegurar el pago de aquélla, según lo previsto en el inciso **b)** del artículo 20 de la Ley 104 de 1922.

"Pero a esto debe observarse, en primer lugar, que no es esa la forma prevista por la ley para puntualizar las peticiones de la acusación; y en segundo lugar, que el embargo autorizado por el aparte **b)** tiene, en realidad, el carácter de **preventivo**, porque puede llevarse a cabo antes de que exista el título de la obligación a cargo del responsable del delito, que viene a constituírlo la sentencia definitiva en que se haga la condenación al pago de la indemnización civil; y de **accesorio** porque naturalmente no puede subsistir si la obligación principal, que es, como se ha dicho, la de pagar la indemnización impuesta en la sentencia, previa la tramitación legal establecida para que la víctima del delito o sus herederos puedan obtenerla, no llegare a tener existencia jurídica.

"La circunstancia, pues, de solicitar el acusador el embargo de bienes, no lo eximía ni podía eximirlo de la obligación legal de formalizar la demanda de indemnización, ni de solicitar las diligencias necesarias para la comprobación de sus pretensiones, tales como el avalúo pericial, que en este caso, contra lo dispuesto por la ley, según lo demostrado, se verificó de oficio, todo lo cual lleva a la conclusión de que la acción civil no se ejercitó debidamente, y de que, por tanto, el embargo que se decretó ha resultado baldío."

Para sostener la tercera causal, dice el Fiscal del Tribunal lo siguiente en su demanda:

"La tercera causal la fundo en que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Este calificó los dos homicidios de que se trata como simplemente voluntarios, pero como la calificación de la delincuencia es de segundo grado ha debido imponerse al responsable la pena de nueve años de presidio por cada uno de esos delitos, ya que en contra de Juan B. Villarreal obran varias circunstancias agravantes y muy pocas atenuantes.

"Respecto del delito de heridas cometido en Gregorio Rugeles, aunque el Jurado le quitó la premeditación, ésta subsiste de acuerdo con la presunción legal que determina el inciso 2º del artículo 15 del Código de las penas.

"Es claro que en los homicidios no puede tenerse en cuenta la excusa que dieron los reos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1664 del Código Judicial; y además consta de los testimonios más imparciales recogidos en este proceso, que Juan Villarreal no se halló en el caso en que lo coloca la sentencia del Tribunal, porque quien primero atacó a Isidro Rugeles fue Juan B. Villarreal cuando Rugeles se presentó en el teatro del suceso a averiguar quién había herido a su hermano Gregorio. No me extiendo a otras consideraciones por falta de tiempo, pero la Corte puede juzgar cómo pasan las cosas."

Se considera:

Quizá por falta de tiempo, como lo anota el mismo Fiscal, se limitó a hacer simples afirmaciones sin ensayar demostración alguna, y como la Corte no puede entrar oficiosamente a suplir las deficiencias de las demandas de casación, puesto que su estudio tiene que versar sobre las cuestiones que se enuncien y analicen

en éstas, es necesario concluír que por este aspecto el recurso del Fiscal se halla desierto.

El señor Procurador dice que en vez de disminuírse la pena que se le impuso a Villarreal por el homicidio cometido en Vásquez y las heridas en la persona de Gregorio Rugeles, debe aumentarse. En cuanto a lo primero, es preciso tener en cuenta que la situación de Villarreal no puede agravarse en casación, pues fue él quien sólo recurrió por la condenación de ese delito; idéntica consideración cabe hacer respecto de las heridas. El mismo funcionario coadyuva la petición del Agente del Ministerio Público del Tribunal en lo relacionado con el aumento de pena que se le debe imponer a Villarreal por el homicidio cometido en la persona de Isidro Rugeles. Las palabras del señor Procurador en relación con este punto son las siguientes:

"Es también un hecho evidente que quien primero disparó su revólver contra Isidro Rugeles y con el cual le dio muerte, fue el reo Juan B. Villarreal, quien procedió sobreseguro para ello, sin combate franco, y como todo fue obra de un momento y por unos mismos motivos, y quien primero inició la agresión y el ataque fue éste, debe juzgarse con las mismas circunstancias, ya que siendo unas mismas las causas deben producir idénticos efectos."

El Procurador, como el Fiscal del Tribunal, se limita a hacer una afirmación, sin detenerse a rebatir los motivos que tuvo en cuenta el Tribunal para llegar a una conclusión distinta, ni hacer un análisis de la prueba o pruebas que en su concepto existan para concluír que la responsabilidad reclamaba una penalidad más alta, ni menos se detuvo a citar las disposiciones violadas, el concepto en que lo hubieran sido y las que en su lugar debieran aplicarse.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar falla:

Condénase a Juan B. Villarreal, como responsable del doble delito de homicidio cometido en las personas de Marcos Vásquez e Isidro Rugeles y heridas en Gregorio Rugeles, a cumplir once años y tres meses de presidio en la Penitenciaría de Tunja, pena que se descompone así: ocho años por el homicidio en Vásquez; dos años cuatro meses por el cometido en Isidro Rugeles, y nueve meses por las heridas en Gregorio Rugeles. En todo lo demás se declara en firme la sentencia del Tribunal.

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

PARMENIO CARDENAS — **Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto doce de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Al Jurado reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Rafael Antonio Alvarez, por el homicidio cometido en la persona de Manuuel S. Escobar, y por resistencia a la autoridad, se le sometieron los siguientes cuestionarios, que se transcriben junto con sus respectivas contestaciones:

"Cuestión primera. ¿El acusado Rafael o Rafael Antonio Alvarez (alias **Avispado**), es responsable de haber resistido con arma, de hecho y a sabiendas, la ejecución de una orden dada por el Agente de seguridad señor Zoilo Arredondo, y confirmada por el señor Alcalde Municipal de Puerto Berrío, señor Manuel S. Escobar, quienes representaban legalmente a la autoridad; hecho ocurrido en la cabecera del Municipio de Puerto Berrío, en la noche del once de septiembre de mil novecientos veintisiete?"

El Jurado responde: **"Nó, por unanimidad."**

"Cuestión segunda. ¿El acusado Rafael o Rafael Antonio Alvarez (alias **Avispado**), es responsable de haber herido voluntariamente con arma punzante, cortante y contundente a Manuel S. Escobar, a consecuencia de la cual murió éste pocos momentos después; hechos ocurridos en la cabecera del Municipio de Puerto Berrío, en la noche del once de septiembre de mil novecientos veintisiete?"

El Jurado responde: **"Sí, por temor de un mal grave."**

En desarrollo de ese veredicto, el Juez de la causa, 1º Superior del Distrito Judicial de Medellín, después de calificar la responsabilidad en el tercer grado, y dando aplicación al artículo 602 del Código Penal, condenó al acusado a la pena de tres años de reclusión.

En consulta ese fallo, fue reformado por el Tribunal de ese Distrito, en el sentido de elevar a nueve años de presidio la pena principal, por estimar que era el artículo 600 de la mencionada obra el aplicable, y porque consideró, además, que la responsabilidad debía calificarse en el grado medio.

Contra este fallo del Tribunal, que lleva fecha seis de febrero del presente año, interpuso casación el defensor del condenado, la cual fue sustentada más tarde ante la Corte, por medio de un memorial que permite un estudio de fondo, al cual se procede.

Las causales que invoca el recurrente las precisa así, en el siguiente párrafo de su alegato:

"Una de las principales causas que me impelen a llevar el proceso a esa Superioridad, fue la de error en la aplicación del derecho, y como consecuencia de ésta, la de errónea interpretación de la prueba que compromete a mi defendido, y lo que es más, no estar la sentencia de acuerdo con el veredicto del Jurado."

Con fundamento en esa primera causal alegada, el recurrente hace varias afirmaciones acerca del modo como en su concepto sucedieron los hechos que dieron origen a esta investigación, y de las cuales deduce que hubo "errónea aplicación del derecho, y además, error en la apreciación de la prueba."

Mas el recurrente no se tomó el trabajo de estudiar las constancias procesales, pues únicamente hizo simples afirmaciones que no tienen respaldo alguno en el proceso.

Se dice en ese alegato, que un hombre llamado Zoilo Arredondo disparó su revólver sobre el acusado sin hacerle intimación alguna, ni darse a conocer como autoridad; que fue esta la causa para que Alvarez se ofuscara, y esgrimiendo la peinilla que llevaba al cinto, saliera en persecución de aquel individuo; que en esa situación, fue cuando Manuel S. Escobar, quien desempeñaba el cargo de Alcalde en el Municipio de Puerto Berrío, con revólver en mano, "siguió en pos de Alvarez, acompañado de la

multitud que se agrupó en ese momento en el lugar del suceso, dándole alcance en la esquina donde está situada la tienda del testigo Juan Arroyal, y sin hablarle como autoridad, le tendió su revólver, martillándole por tres ocasiones, sin decirle otras palabras que 'no te movás.' "

De esa narración, que no corresponde con las constancias procesales, y de la agregación que el Jurado puso a su contestación afirmativa, deduce que el artículo aplicable no es el 602, que tuvo en cuenta el Juez de primera instancia, ni menos el 600 que aplicó el Tribunal, sino el 608 de la citada obra.

Se considera:

Para desvanecer la leyenda o historia de los hechos que a su acomodo hace el recurrente, se transcribe a continuación la siguiente historia fiel y exacta, que de acuerdo con varias declaraciones, entre ellas las de Arcesio Díaz (folio 2), Julio Orozco (folio 4), Pedro Rodríguez Mira (folios 7 vuelto y 8), Fidel A. Cano (folio 8 vuelto), Luis Hoyos (folio 10), Alejandrino Jaramillo (folio 14) y Emilio Romero (folio 17), hace el Tribunal en su sentencia, cuando dice:

"Como historia resumida pero clara de los acontecimientos, puede presentarse la siguiente relación que hace el señor Fiscal en su vista para esta instancia:

"Se sabe, por el dicho de muchos testigos, que en la noche del once de septiembre de mil novecientos veintisiete, siendo Alcalde Municipal de Puerto Berrío el señor Escobar—occiso,—el acusado, en estado de embriaguez, se entró al Club Colombia, de propiedad de Luis Sosa, en la cabecera del Municipio mencionado, donde había un baile público; que solicitó de alguno le concediera la pareja, lo cual le fue negado, e inmediatamente se salió a la calle armado de peinila, en actitud hostil, y desafiaba a las personas sin dirigirse a una determinada; por esto el Agente de Policía Zoilo Arredondo le intimó que se retirara, por lo cual este hombre, en vez de cumplir la orden de la autoridad, se le enfrentó a Arredondo, y lo persiguió con el arma, tirándole cuchilladas; pero el empleado, al huír le hizo un tiro de revólver, sin que esto detuviera a Alvarez, que continuaba en su persecución. El señor Alcalde, Manuel S. Escobar, que estaba por allí cerca, salió en persecución de Alvarez, y le intimaba rendición (dicen algunos que con revólver en mano, y otros, que sólo blandía el bastón); pero el rebelde se devolvió en la vía que llevaba, y arremetió contra el Alcalde con el arma; y este empleado, que trató de huír, recibió en la espalda una primera cuchillada; y habiendo caído en tierra, allí continuó Alvarez dándole puñaladas, y luégo huyó. El señor Alcalde murió a consecuencia de las heridas, como a la media hora."

De acuerdo, pues, con las pruebas que contiene el proceso, y que el recurrente no tuvo en cuenta, el homicidio voluntario de que se hizo responsable el acusado Alvarez, lejos de corresponder a los menos graves que contempla el inciso 2º del artículo 602, es de los más graves, por las circunstancias en que fue cometido. De ahí que el Tribunal, con todo acierto, dijera en su sentencia lo siguiente, que la Corte se complace en reproducir:

"De manera que hay que aceptar que la responsabilidad del acusado Alvarez queda, a virtud del concepto o decisión del Jurado, definida como la de un homicida voluntario, cuyo tipo se encuentra previsto claramente en el Código Penal, artículo 587, ordinal 2º

"De aquí en adelante—concluída la misión del Jurado—sigue la del Juez de derecho, quien, consultando todas las circunstancias probadas que suministra el proceso, debe determinar la penalidad libremente, sin sujeción a otra norma distinta del derecho.

"Y, situado el Juez en este campo, debe observarse que está muy lejos el caso a estudio de merecer la benévola penalidad del artículo acogido por el Juzgado, o sea el 602; pues que para dar cabida a tal disposición, ella misma exige que el homicidio pertenezca a la clase de los menos graves, y aunque es cierto que esta apreciación de la mayor o menor gravedad la ha dejado la ley al juicio del Juez, ese juicio, en tales casos, no debe ser arbitrario sino fundado, motivado y apoyado, ¿en qué? En lo que funda, motiva y apoya siempre el Juez de derecho sus actuaciones, sus resoluciones; en la prueba que acumula el expediente. Y en éste claramente consta que hubo circunstancias suficientes a estimar muy grave el homicidio contemplado; dígase, como la principal, el haber rematado el agresor a su víctima en el suelo, cuando aquél ya ningún mal podía temer, ningún peligro grave había menester eludir."

La agregación puesta por el Jurado, y de que ya se ha hecho mérito, está prevista en uno de los casos de homicidio simplemente voluntario que establece el artículo 587 del Código Penal, o sea el numeral 2º, que se refiere al que mata en virtud de "un peligro, ultraje o deshonra grave, que fundadamente tema el homicida, inmediatamente antes del homicidio, contra sí mismo o contra alguna de las personas expresadas en el numeral anterior"; y precisamente peligro quiere decir riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal. Y la penalidad que de ordinario corresponde a este caso es la del artículo 600; sólo por excepción, y cuando a juicio del Juez se trate de un caso de menor gravedad, puede aplicarse la penalidad que determina el inciso 2º del artículo 602, menor gravedad que no aparece establecida en esta ocasión.

Muchísimo menos puede aplicarse el artículo 608, que se refiere al simple caso de exceso en legítima defensa, cuestión ésta que por ser de hecho, no puede quedar sometida a la decisión del Juez de derecho, pues ella corresponde al Jurado, y el veredicto que éste pronunció en el presente caso, no contiene ninguno de los elementos de que trata esta disposición, en forma que el Juez de derecho se viera obligado a tenerla en cuenta.

El recurrente combate también la calificación que en segundo grado hizo de la responsabilidad el Tribunal, pero limitándose a estudiar sólo una de las circunstancias agravantes mencionadas en la sentencia, o sea la mala conducta anterior, deducida de sentencias condenatorias que se habían pronunciado contra el acusado. Por tanto, sin analizar las demás que, por lo mismo, quedan en pie, la Corte estima desde luégo innecesario entrar en el estudio de esta agravante deducida por el Tribunal y atacada por el recurrente, desde luégo que aquella corporación agregó otras tres agravantes, las cuales, por sí solas, justifican el fallo por este aspecto, aun suponiendo que la atacada por el recurrente no tuviera en realidad tal carácter. En efecto: la sentencia recurrida hizo la siguiente exposición sobre esta materia:

"Debe pasarse ahora a la calificación del grado del delito, el cual no puede ser ciertamente el tercero en que lo colocó el Juzgado, sino el segundo, porque se ponen de relieve en el homicidio de que se trata, se palpan casi, varias circunstancias agravantes, plenamente comprobadas, y no obra como atenuante sino la ignorancia del reo, quien no sabe siquiera firmar.

"Tales circunstancias agravantes son:

"1ª La de la mayor alarma, desorden y escándalo causados por el delito, pues siempre estos atentados violentos contra la autoridad, sobre todo, cuando en caso de homicidio, y aun cuando se trate de un simple agente subalterno, máxime si se trata de la primera autoridad política del Municipio, causan un profundo escándalo social, un gran estupor y una consternación general.

"2ª La mayor osadía y crueldad y violencia con que procedió el homicida, circunstancias éstas que se desprenden de todas las declaraciones; pues se sabe que aun caído el señor Escobar, inhibido para toda defensa, el agresor siguió tirándole peinillazos.

"3ª La publicidad del sitio en que se cometió el delito.

"4ª La mala conducta observada por el reo con anterioridad a los hechos de que se trata; pues a fojas 45 está la comprobación de que ha pagado prisión o detención en la cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga por homicidio, por tentativa del mismo delito y por heridas, tratándose de hechos cometidos en épocas distintas, todo lo cual está poniendo de bulto la peligrosidad del acusado. La filiación que se da en el informe de que se trata coincide en todos sus detalles con la que el mismo reo hace en su indagatoria a fojas 6."

Las razones anteriores son suficientes para hacer ver que la demanda de casación no puede prosperar, y por tal motivo la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Vistos:

En la causa adelantada contra Andrés M. Loaiza por el delito de homicidio, el señor Juez Superior de Medellín le propuso al Jurado de calificación, convocado y reunido en legal forma, para conocer de la responsabilidad del enjuiciado, la siguiente cuestión única, con fecha tres de septiembre del año próximo pasado:

"¿El acusado Andrés M. Loaiza es responsable de haber herido voluntariamente con arma cortante y punzante a Luis o Luis M. Ardila, a consecuencia de lo cual murió éste; hechos ocurridos así: el de la herida, en el Corregimiento de **El Poblado**, jurisdicción de este Municipio, en la noche del siete al ocho de diciembre del año próximo pasado, y el de la muerte, en esta ciudad, del ocho al nueve de los mismos mes y año?"

El Jurado contestó: **"Sí, en riña provocada por el occiso."**

El Juzgado, basado en este veredicto, y considerando de acuerdo con él, como comprendido el delito de Loaiza en el numeral 7º del artículo 587 del Código Penal, sin atenuación alguna, condenó al acusado, de conformidad con el artículo 600 del mismo Código, calificada su delincuencia en el menor grado, a la pena principal de seis años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelada la sentencia para ante el Tribunal respectivo, esta entidad la confirmó, en providencia de fecha siete de febrero del año corriente.

Contra el fallo del Tribunal interpuso oportunamente el defensor del sentenciado recurso de casación, el cual le fue concedido. Y habiéndose remitido el expediente a esta Corte, en donde se le ha dado la tramitación que le es propia, ha llegado el momento de resolver lo que fuere legal, a lo cual se procede en seguida.

El recurrente, en el alegato dirigido a esta Superioridad, funda su pedimento así:

"En nombre del menor Andrés M. Loaiza, pido se le impongan tres años de reclusión, en lugar de seis años de presidio.

"El fundamento de esta mi petición es el siguiente:

"Si el Jurado dijo a la cuestión formulada por el señor Juez que mi defendido era responsable de un homicidio cometido en riña provocada por el muerto, y si el artículo 602 del Código Penal considera especialmente el caso del mencionado homicidio, y castiga al sujeto activo con la pena de tres años de reclusión, cómo explicar el hecho singular, en los estrados de la justicia, de imponerle seis años de presidio?

"El señor Fiscal del honorable Tribunal emitió su concepto en favor de la tesis que he venido sosteniendo, y por eso pidió que se aplicara el artículo 602 del Código Penal.

"Hay más: el honorable Tribunal de Medellín en muchísimos casos ha aplicado el citado artículo. En mi alegato al honorable Tribunal, cité el caso de Samuel Botero, a quien el Juez excarceló el mismo día en que se nos notificaba a las partes la sentencia de Andrés, y cosas raras!!: Botero puesto en libertad, porque ya había pagado los tres años de reclusión a que se había hecho acreedor por un 'sí, en riña provocada por el muerto,' y mi defendido condenado a seis años de presidio, porque su responsabilidad la había estatuído un Jurado con el mismo 'sí, en riña provocada por el muerto.'

"Hay que tener presente, señores Magistrados, que desde la investigación de los hechos, desde el sumario, los peritos dijeron que la responsabilidad de Loaiza era la de un semirresponsable, y que el día de la audiencia, los sabios de la Casa de Menores dijeron que mi defendido era irresponsable totalmente. Luego se está cometiendo una enorme injusticia con este pobre muchacho.

"Sé que vosotros, señores Magistrados, haréis justicia, y que pensaréis muy bien el hecho significativo de tratarse de un menor enfermo, de buenos antecedentes y digno de invocar el favor que merece.

"En resumen: mi defendido ha sido declarado irresponsable por los que con él han trabajado en el establecimiento; un Jurado le condenó como responsable de un homicidio ejecutado en riña provocada por el occiso. La razón, la ley y la misma moral autorizan para imponerle una pena atenuada. Luego es justo rebajarle de seis años de presidio a tres de reclusión.

"El fundamento legal para interponer el recurso que señala la Ley 78 de 1923, es el de haberse violado la ley penal por mala interpretación de ésta, ya que se confundieron los homicidios voluntarios graves con un homicidio voluntario leve, y el hecho de haberse aplicado en lugar del artículo 602 del Código Penal otro artículo que, siendo general (el 587), ha venido —**pro voluntate honorabilis Tribunalis**—a suplir como especial. Para no mor-

tificar a la honorable Corte con un alegato largo y pesado, hago, para terminar, esta pregunta: ¿Si en ese caso no se aplica el artículo 602, entonces cuál se aplica?"

Para resolver se considera:

El hecho de que trata el presente informativo se halla relatado así por el testigo Nicolás Mesa Ochoa, citado en su fallo por el Tribunal:

"Como a las doce de la noche iba yo por la carretera que conduce a la cantina llamada **Nueva Rosalba,** en jurisdicción de este Corregimiento, cantina adonde me dirigía a conseguir un trago de ron, y en el punto de **Villa Carlota,** frente a la casa del finado señor don Fernando Escobar, me encontré con tres individuos que traían dirección a esta población, y debido a la oscuridad no pude conocerlos. Dos de ellos venían discutiendo, y uno, que para mí era Luis Ardila, según la voz, decía al otro la expresión de 'cacorro'; el ofendido, con semejante vocablo, le respondió que no le dijera eso; que más bien le dijera la otra expresión para que se mataran, y entonces aquél manifestó que no acostumbraba usar ese insulto, pues que a él le decía 'cacorro' en charla; pero que si no le había gustado, que le perdonara. Entonces el sujeto que se ofendió con lo manifestado por quien le había dicho 'cacorro,' volvió a repetir que le dijera más bien 'hijo de puta,' para que se mataran; pero como éste dijera que no acostumbraba esas groserías, no tenía porqué decirle eso. Yo seguí el camino que llevaba, y cuando llegué a la cantina **Nueva Rosalba,** desde la puerta oí que uno de los sujetos mencionados le decía al otro: 'Volvé, entráme más.' A mi regreso, después de haber comprado el ron que solicitaba en la cantina, al llegar frente a la casa de **Villa Carlota,** oí una especie de quejido, por lo cual, como en ese lugar reinaba completa oscuridad, encendí un fósforo, y a la luz de él, vi que Luis Ardila estaba caído contra la tapia del cercado del jardín de dicha casa."

En relación con el suceso de que se trata, expresa el Tribunal en su fallo:

"Los otros testigos, Jorge Ochoa (folios 2, 7 y 14), y Luis Mariano Ochoa (folios 3 y 15), presenciaron la riña, y el primero de ellos vio a Loaiza armado de cuchillo, después de que apartó o separó a los contendores, éste ni el otro oyeron las palabras cruzadas entre el ofendido y el victimario antes del suceso fatal.

"El procesado, en la indagatoria (folio 4 vuelto), pretendió atenuar o disculpar su conducta, diciendo que Ardila lo había ofendido gravemente de palabra, y aun que lo había golpeado en la frente con violencia.

"Pero tales circunstancias no fueron probadas en el juicio, y por el contrario, los deponentes arriba citados infirmaron esas explicaciones.

"Hay que concluír, por lo tanto, que si Loaiza cometió homicidio en riña provocada por el occiso, como el Jurado lo afirmó en veredicto que no es notoriamente injusto, esa provocación no consistió en ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras, de las que pueden dar base al juzgador para considerar el delito entre los menos graves, como lo solicita el señor defensor en esta instancia, para dar aplicación al artículo 602 del Código Penal.

"Que no fueron graves las ofensas irrogadas por Ardila a su matador, lo da a entender claramente el testigo Mesa Ochoa, cuando declara por segunda vez en el sumario, a petición del apoderado de Loaiza:

'Ya tengo dicho que distinguí muy bien la voz de Luis M. Ardila cuando le decía al otro, que no supe quién era, 'cacorro,' en la carretera que conduce a Medellín, frente a la finca denominada **Villa Carlota,** en la noche del viernes siete de los corrientes, al amanecer del ocho; pero yo no oí que el mencionado Ardila expresara otras frases injuriosas a su compañero fuera de la ya mencionada, y eso que, según dijo, era en charla. Por el contrario, el otro fue quien, lleno de rabia—pues daba con el sombrero contra el suelo—le decía a Ardila: 'hombre, no me digas cacorro; decime más bien hijo de puta, para que nos matemos.' Ardila le replicó que él le había dicho 'cacorro' por cuanto acostumbraba a charlar con él; pero que si le había chocado, que le perdonara; que la otra palabra no se la decía, ya que no acostumbraba eso, y porque no tenía por qué decírsela. Después de eso fue que el compañero de Ardila daba contra el suelo con el sombrero, insistiendo en que le dijera 'hijo de puta,' sin lograr que aquél soltara tal expresión.'

"El Tribunal estima que el caso de este juicio se halla contemplado precisamente en el numeral 7º del artículo 587 del Código Penal, y, por lo tanto, la aplicación del artículo 600 del mismo Código, hecha por el señor Juez Superior, no es ilegal ni arbitraria, como lo sugiere el señor defensor, ya que el homicidio cometido por Loaiza no puede considerarse entre los menos graves."

Como se ve, el Tribunal, en la sentencia materia del recurso, dice porqué no puede considerarse el caso de autos, en armonía con el veredicto del Jurado, como comprendido en el artículo 602 del Código Penal. Y el recurrente, en vez de demostrar, de acuerdo con las pruebas del informativo que estimara conducentes a la aplicación de tal artículo a virtud de la respuesta de los Jueces de conciencia, se limita simplemente a afirmar que esa disposición es la aplicable y no otra, pero sin expresar los motivos de orden legal y real, de conformidad con las constancias del expediente, en que funda su afirmación, es decir, sin tratar de hacer ésta aceptable por el razonamiento y el análisis, como es el caso de hacerlo en casación, comoquiera que se trata de un recurso extraordinario en que debe procederse de tal manera.

Ahora bien: cuando se está en presencia de un veredicto como el que se tiene a la vista en este asunto, que puede dar margen a la aplicación de una de dos disposiciones de penalidad distinta, debe echarse mano de las probanzas del proceso, a fin de determinarse con la mayor claridad posible a cuál de ellas corresponde justamente el veredicto pronunciado.

Por lo que se deja expresado, en este caso la sentencia del Tribunal se conforma más con la contestación de los Jueces de hecho en armonía con la verdad o realidad de los sucesos, según aparece de autos. Al menos no ha demostrado lo contrario el recurrente, y no es la Corte, por lo que se ha dicho, la llamada a hacerlo.

Cuanto a la irresponsabilidad que se insinúa respecto del sentenciado, es punto que ha quedado suficientemente aclarado con el informe de los señores médicos legistas de Medellín.

No aparece, pues, por dónde sea el caso de infirmar la sentencia recurrida, la cual, por lo mismo, debe mantenerse firme.

Por tanto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio nueve de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

El doctor Pedro A. Posse Camargo, apoderado judicial de la casa de comercio **Stella Hermanos,** de esta ciudad, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que, previa la tramitación del juicio ordinario de mayor cuantía y con audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público, se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera. La Nación está obligada a pagar a Stella Hermanos, sociedad colectiva de comercio, domiciliada en Bogotá, seis días después de notificada esta sentencia, el valor de la factura de los cinco bultos de mercancías marca **Derrico,** llegados a la consignación de la expresada Sociedad, el día ocho de enero de mil novecientos veintiuno, procedentes de New Orleans, y de los cuales da cuenta el manifiesto de aduana número 18, de fecha ocho de enero de mil novecientos veintiuno, y que son los mismos enumerados en el hecho segundo de esta demanda.

Segunda. La Nación está obligada a pagar a la sociedad colectiva de comercio denominada **Stella Hermanos,** el flete de los cinco bultos de mercancías enumerados en el hecho segundo de esta demanda, y a los cuales se refiere la petición anterior, flete causado desde la salida de los bultos de la casa exportadora hasta su llegada a Barranquilla.

Tercera. La Nación está obligada a pagar a Stella Hermanos el valor del seguro de los cinco bultos de mercancías ya expresados, y el cambio de moneda sobre el valor de los mismos cinco bultos.

Cuarta. La Nación está obligada a pagar a Stella Hermanos los intereses legales a que asciende el valor de los cinco bultos de mercancías, del flete del seguro y del cambio de moneda, desde el seis de junio de mil novecientos veintiuno, hasta el día en que se verifique el pago.

Quinta. La Nación está obligada a devolver a Stella Hermanos la suma pagada por esta Sociedad por derechos de importación sobre los cinco bultos de mercancías a que se refiere el hecho segundo de esta demanda.

El derecho, causa y razón de esta demanda lo deduce la Sociedad demandante "de la obligación terminante que las disposiciones sustantivas imponen a las aduanas de pagar el valor de las mercancías recibidas por el Guardalmacén, más el flete, el seguro y el cambio cuando deja de entregarlas a los interesados, y de las disposiciones que determinan las obligaciones de los depositarios en relación con los bienes cuyo depósito se les confía. Invoca también la Compañía demandante como disposiciones legales aplicables los artículos 2247, 2252, 2263 y concordantes del Código Civil, el artículo 182 del Código Fiscal, y el artículo 10, ordinal 1°, del Decreto 533 de 1882.

Se enumeraron como hechos fundamentales de la acción los siguientes:

"Primero. El día ocho de enero de mil novecientos veintiuno llegaron, procedentes del Exterior, y a la consignación de Stella Hermanos, a la Aduana de Barranquilla, cinco bultos de mercancías, los cuales fueron recibidos en dicha aduana y depositados en el almacén número 1° de la misma.

"Segundo. Tales bultos, según el manifiesto de aduana y las facturas correspondientes, estaban distinguidos así:

"Marca **Derrico**—Número 7368. 1 fardo—6 piezas casimires de lana.

"Marca **Derrico**—Número 7369. 1 fardo—8 piezas casimires de lana.

"Marca **Derrico**—Número 7313. 1 fardo—4 piezas casimires de lana.

"Marca **Derrico**—Número 7314. 1 fardo—8 piezas casimires de lana.

"Marca **Derrico**—Número 7171. 1 fardo—8 piezas casimires de lana.

"Tercero. Los bultos anteriormente relacionados fueron reconocidos por el empleado correspondiente de la aduana, el día treinta de marzo de mil novecientos veintiuno.

"Cuarto. Al practicarse el reconocimiento, los bultos fueron hallados conformes en su contenido, peso y demás condiciones, con lo expresado en las facturas y en el manifiesto correspondiente.

"Quinto. El empleado de la aduana, al exigírsele la entrega de los cinco bultos, se negó a hacerlo, exigiendo a Stella Hermanos el pago de contado de los derechos de aduana.

"Sexto. El pago de los derechos de importación estaba asegurado bajo fianza, otorgada por Stella Hermanos y por Angel Derrico y Compañía, a favor del Tesoro Nacional.

"Séptimo. Los cinco bultos de mercancías anotados fueron robados del almacén número 1° de la Aduana, el seis de julio de mil novecientos veintiuno, según informe del Administrador de la Aduana.

"Octavo. La Sociedad a cuyo nombre hablo, ha reclamado insistentemente el pago del valor de los bultos o la entrega de éstos, sin obtener aquello ni esto.

"Noveno. La Sociedad Stella Hermanos pagó el derecho de importación correspondiente a los cinco bultos relacionados.

"Décimo. El Administrador de la Aduana de Barranquilla, en resolución de fecha treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiuno, reconoció expresamente la responsabilidad de la Aduana en la pérdida de los bultos.

"Once. Stella Hermanos reclamaron ante el Ministerio de Hacienda el valor de los bultos perdidos, más el valor del flete, del seguro y del cambio de moneda.

"Doce. El Ministerio de Hacienda negó el pago del valor de los bultos, del flete, del seguro y del cambio de moneda.

"Trece. Pedida la reconsideración y revocación de la providencia en la que tal cosa se disponía, el Ministerio de Hacienda negó la revocación en resolución que acompaño en copia."

Admitida la demanda y corrido traslado de ella al señor Agente del Ministerio Público, este funcionario la contestó así:

"Me opongo a que el Tribunal haga las declaraciones pedidas por el demandante, desde luégo que la Nación no ha tenido ninguna responsabilidad en la pérdida de las mercancías de propiedad de la Sociedad Stella Hermanos; porque si tales mercancías se perdieron, se debió a culpa del mismo introductor, que no pagó en oportunidad los derechos de aduana ni los afianzó en la forma

prevista en el artículo 2º de la Ley 64 de 1918, en relación con el 22 de la Ley 59 de 1917, como así se deduce claramente de las resoluciones administrativas dictadas por el señor Ministro de Hacienda; de consiguiente, el demandante carace del derecho que pretende tener."

En cuanto a los hechos que se relacionan en la demanda, los contestó así:

"Al primero. Lo acepto, teniendo como base los documentos que se adjuntan a la demanda.

"Al segundo. Lo acepto, por la misma razón.

"Al tercero. Según consta en el respectivo manifiesto, solamente fue abierto uno solo de los bultos, por consiguiente, no sé si lo afirmado en este hecho sea verdadero en todas sus partes.

"Al cuarto. Le hago la misma aclaración del anterior.

"Al quinto. El empleado de la Aduana tenía que exigir el pago del impuesto de contado, o en la libranza a que se refiere el artículo 22 de la citada Ley 59 de 1917, y por esta causa tal empleado no podía obrar de distinta manera.

"Al sexto. Es cierto que la Compañía tenía asegurado con una fianza el pago de los derechos de importación, pero sólo para los efectos de que trata la disposición últimamente citada.

"Al séptimo. Lo acepto.

"Al octavo. Es verdad que la Sociedad ha reclamado ante el Ministerio la entrega de los bultos, o que se reconozca el valor de éstos, y si se ha negado a la Compañía esa petición, es porque carece de derecho.

"Al noveno. No me consta.

"Al décimo. Es cierto, según los documentos adjuntos.

"Al undécimo. Es cierto, según los documentos adjuntos.

"Al duodécimo. Es cierto, y la Nación no tiene porqué responder del valor de los bultos de mercancías perdidos por las razones atrás expresadas.

"Al décimotercero. Es cierto.

"Propongo, además, la excepción de caso fortuito, para en caso de que se declare que la Nación sí tenía alguna responsabilidad en la custodia de los bultos que se perdieron."

Con la demanda se presentaron varios documentos tendientes a comprobar la verdad de los hechos fundamentales de la acción.

Adelantado el juicio en el Tribunal por los trámites correspondientes, aquél le puso término con la sentencia de fecha catorce de noviembre de mil novecientos veintisiete, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"En virtud de lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla así este pleito:

"Primero. La Nación está obligada a pagar a Stella Hermanos, sociedad colectiva de comercio, domiciliada en Bogotá, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la suma de cuatro mil ciento noventa y nueve pesos con tres centavos moneda corriente, valor de la factura de los cinco bultos de mercancías, marca **Derrico**, llegados a la consignación de la expresada Sociedad el día ocho de enero de mil novecientos veintiuno, procedentes de New Orleans, y de los cuales da cuenta el manifiesto de aduana número 18, de fecha ocho de enero de mil novecientos veintiuno, y que son los mismos enumerados en el hecho segundo de la demanda.

"Segundo. La Nación está obligada a pagar a Stella Hermanos los intereses legales sobre la cantidad anterior, desde el seis de junio de mil novecientos veintiuno, hasta que se verifique el pago.

"Tercero. Se absuelve a la Nación de todos los demás cargos de la demanda.

"Cuarto. No está probada la excepción perentoria propuesta por el representante de la Nación, ni el Tribunal encuentra ninguna otra qué aducir."

Contra esta sentencia apeló el demandante en cuanto no le fueron resueltas favorablemente todas las peticiones de la demanda, y el Fiscal del Tribunal, en cuanto se condena en parte a la Nación. Otorgado el recurso a ambas partes por el Tribunal, se enviaron los autos a la Corte, donde se dio a la instancia el trámite correspondiente con nuevo término de prueba que aprovecharon ambas partes. Después de alegar éstas por escrito, se les citó para sentencia, y se surtió la audiencia pública a petición de la parte demandante.

Procede, pues, la Corte a dictar el fallo de segundo grado, y para ello tiene en cuenta:

En el fallo del Tribunal se estudia la cuestión de derecho y de hecho en la forma siguiente, que la Corte acoge por encontrarla jurídica y ajustada a las pruebas del expediente. Dice así:

"El legislador y el Poder Ejecutivo, con el fin de garantizar no sólo los derechos del Fisco sino también los de los importadores, ha dictado normas legales que reglamentan la importación de mercancías, y que definen las relaciones jurídicas entre la Nación y los importadores; de otro modo, tanto los derechos del Fisco como los de los importadores serían de imposible o por lo menos de difícil efectividad.

"Una de esas normas, y de las más importantes, es la contenida en el artículo 10 del Decreto número 533 de 1882, que aún rige, y cuyo tenor literal es el siguiente:

'Las aduanas son responsables en los términos en que la ley obliga a los depositarios:

'1º Por el valor de factura de los bultos de importación que haya recibido el guardalmacén, más el flete, el seguro y el cambio de moneda, cuando deja de entregarlos a su tiempo al interesado.' (**Diario Oficial** número 5490).

"Este artículo está en perfecta armonía con las disposiciones que reglan el depósito necesario, porque si por el establecimiento y la reglamentación de las aduanas de la República, los comerciantes importadores no son libres de depositar sus mercancías cuando llegan a puertos colombianos en cualquier punto, sino en las aduanas respectivas, y ese depósito se recibe bajo la fe y responsabilidad de la Nación, síguese que es de forzosa aplicación el artículo 2260 del Código Civil, cuyo texto es el que sigue:

'El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina u otra calamidad semejante.'

"La Nación tiene doble carácter: persona de derecho público y persona jurídica; como persona jurídica, es igual a las personas naturales, y actúa siempre por medio de convención o contratos; como persona de derecho público, generalmente no contrata, sino que actúa, en virtud de su soberanía, por medio de leyes, decretos y resoluciones, que tienen el carácter de unilaterales, por ejemplo, cuando impone contribuciones, fija el pie de fuerza, reglamenta las aduanas. Esas son normas generales, dictadas para la comunidad, y que obligan a todos sus miembros, aun contra su voluntad. Pero hay casos, y

en esto están de acuerdo todos los expositores de Derecho Administrativo, entre otros, Bartholemy, Goodnow, Santamaría y Hauriou, en que hay actos del poder público que tienen un carácter contractual, y en virtud de ellos se establece una relación jurídica bilateral entre el Estado y los particulares.

"Casos clásicos de estos constituyen la delegación para administrar rentas, y las relaciones que resultan entre el Estado y los que ejercen el comercio de importación o de exportación.

"Si el Estado ordena que las mercancías importadas se depositen en sus aduanas, y obliga a ello a los comerciantes, bajo severas penas; si los comerciantes por acatamiento a la ley, que tiene fuerza obligatoria, y por librarse de lo que los tratadistas llaman la penalidad civil, se ven forzados a depositar sus mercancías en los lugares señalados por el Estado, síguese que surgen entonces entre depositante, el comerciante, y el depositario, la Nación, las relaciones contractuales del depósito necesario.

"Como las relaciones se generan entre depositante y depositario, aquél nada tiene qué ver con la calidad de los empleados o subordinados de éste, porque ni los nombra ni le liga ninguna relación jurídica. Quiere esto decir que el depositante no puede correr las contingencias de los errores, faltas u omisiones de los empleados del depositario, como son los empleados de aduana, sino que de las faltas de éstos, que trasciendan en forma de perjuicios al depositante, responde el depositario. Los empleados de éste lo son responsables directamente, pero el depositario no puede excusarse con la falta de su dependiente.

"En tratándose de empleados públicos, éstos son responsables ante la administración, sin que esto quiera decir que no haya también casos en que su responsabilidad se extienda también respecto de los terceros lesionados o perjudicados.

"Los textos citados, artículo 1º del Decreto 533 de 1882, y 2660 del Código Civil, son la síntesis de lo que acaba de expresarse: la constitución del depósito necesario y la responsabilidad del Estado por el valor de las mercancías depositadas por el importador.

"Está éste obligado a satisfacer al Estado el valor de los derechos de importación de acuerdo con la respectiva tarifa, y ese pago se hace en la forma y términos preceptuados por la ley. En la época en que llegaron a la Aduana de Barranquila los bultos de mercancías que reclama el actor en este juicio, regían, en cuanto a la forma de pago de derechos de importación, los artículos 22 de la Ley 59 de 1917, y 2º de la Ley 64 de 1918, cuyos textos son estos:

'Artículo 22. El importador de mercancías extranjeras residente en plaza distinta de la de la aduana, puede obtener, previa la prestación de una fianza hipotecaria o personal de dos fiadores solidarios que renuncien al beneficio de excusión y que reúnan las condiciones que señala el artículo 2376 del Código Civil, que no se le cobre el valor del impuesto de aduana dentro de los límites de la cantidad asegurada, sino por medio de una libranza girada a su cargo, a quince días vista, por su apoderado ante la aduana respectiva y a favor del Tesorero General de la República o del Administrador de Hacienda Nacional de la capital del Departamento de la residencia del importador.

'Al introductor constituído en mora para el pago de los derechos, no podrá admitírsele en lo sucesivo el pago del impuesto por medio de libranza, y deberá, en consecuencia, pagar previamente en la caja de la Aduana el importe de aquél para que se le entregue la mercancía.'

'Artículo 2º Los importadores de mercancías extranjeras residentes en los puertos en donde funcionen las aduanas, y que otorguen fianza hipotecaria o personal de dos fiadores solidarios que renuncien el beneficio de excusión y que reúnan las condiciones que señala el artículo 2376 del Código Civil, gozarán para el pago de los derechos de aduana del plazo de quince días, que a los importadores residentes en otras plazas concede el artículo 22 de la Ley 59 de 1917.'

"De modo pues que, según las disposiciones que acaban de transcribirse, los comerciantes importadores no estaban obligados a pagar de contado el valor de los derechos de importación, sino que tenían un plazo cuando otorgaban una fianza, lo cual no sucede hoy, en que el pago es de contado.

"En el depósito necesario, la responsabilidad del depositario se extiende hasta la culpa leve (artículo 2263 del Código Civil), y es sabido también que en toda clase de depósito, el depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se han confiado en depósito, artículo 2253 ibídem.

"Cuestión de hecho.

"Con la copia de las escrituras públicas que obran en autos, folios 1 a 13 del cuaderno principal, y de los extractos respectivos, folios 1 a 7 del cuaderno número 2º, se acredita plenamente la personería de la parte actora, la constitución en debida forma de la sociedad colectiva de comercio Stella Hermanos, sucesora de la Casa comercial Angel D'Errico.

"Que los bultos de mercancías cuyo valor reclama la parte actora, llegaron a Puerto Colombia, está comprobado con el manifiesto de aduana que corre al folio 16 del cuaderno principal, debidamente confrontado por la Administración de la Aduana de Barranquilla, según consta de los documentos que corren a los folios 30, 32 ibídem, de donde aparece que se abrió uno de los bultos, y con la resolución del Administrador de la Aduana de Barranquilla, que por ser de mucha importancia se transcribe en seguida, y dice así:

'Para resolver la anterior reclamación, se considera:

'Es evidente que los cinco (5) fardos de casimires de lana, marca **Derrico**, procedentes del vapor **Carrillo**, de ocho de enero del año pasado, se recibieron en la aduana, y se encontraban depositados en el almacén número 1, por razón de que los introductores no estaban a paz y salvo el día del reconocimiento, y que en el robo que tuvo lugar en el expresado almacén en la noche del día seis de junio último, desaparecieron los expresados fardos.

'Conforme al artículo 10 del Decreto 533 de 1882 (inciso 1º), las aduanas son responsables en los términos en que la ley obliga a los depositarios por el valor de la factura de los bultos de importación que haya recibido el Guardalmacén, más el flete, el seguro y cambio de moneda, cuando deje de entregarlos al interesado; y aunque el artículo 11 ibídem estatuye que el Administrador pagará las indemnizaciones que se le reclamen, cuando las considere equitativas, y no haya excepción legal qué oponer, existen disposiciones legales en virtud de las cuales no pueden hacerse gastos que no tengan partida sentada en el Presupuesto, ni sin autorización dada por la

Tesorería General en vista de orden del Ministerio respectivo.

'En tal virtud, el suscrito reconoce que a la Aduana corresponde responsabilidad en la pérdida de los bultos robados de que se trata; y

'RESUELVE:

'Elévese al Ministerio de Hacienda la anterior reclamación, para que el señor Ministro resuelva lo que estime justo.

'Dada en Barranquilla, a treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós.'

"Lo anterior está corroborado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en Resolución número 379, de once de diciembre de mil novecientos veinticinco, que corre al folio 33 del cuaderno principal, y que dice así, en lo pertinente:

'RESOLUCION NUMERO 379

'Ministerio de Hacienda y Crédito Público—Superintendencia Delegada de Rentas Nacionales—Bogotá, diciembre once de mil novecientos veinticinco.

. . . . . .

'RESUELVE:

'No es el caso de reconocer indemnización a los señores Stella Hermanos por los fardos que se encontraban en los almacenes de la Aduana de Barranquilla, y que fueron robados de allí en época muy distinta de la en que fueron reconocidos, habiendo ocurrido circunstancias de fuerza mayor. Queda a los interesados su derecho para hacerlo valer ante los Tribunales que consideren competentes.

'Cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

(Firmado) **Jesús M. Marulanda**'

"Está comprobado, pues, que el ocho de enero de mil novecientos veintiuno llegaron del Exterior, en el vapor **Carrillo**, con destino al demandante, cinco bultos de mercancías que contenían casimires de lana, y que tales bultos fueron reconocidos y depositados en uno de los almacenes de la Aduana de Barranquilla.

"Las mercancías no le fueron entregadas a Stella Hermanos, porque en concepto de la Aduana de Barranquilla, el importador no estaba a paz y salvo con el Tesoro el día del reconocimiento de ellas, y por eso quedaron depositadas, y mientras tanto desaparecieron del almacén o depósito por causa del robo verificado, lo cual está plenamente establecido, y se corroboró aún más con el siguiente certificado de la Administración de la Aduana, que corre al folio 26 vuelto del cuaderno principal, y que dice así:

'Administración de la Aduana—Barranquilla, octubre quince de mil novecientos veintiuno.

'El Guardalmacén de la Aduana informa:

'Que los bultos a que se refiere el presente memorial se encontraban en el depósito número 1, y fueron sustraídos en el robo efectuado en ese depósito en la noche del seis de junio del corriente año.'

"Ahora bien: ¿han debido entregarse las mercancías a la Casa de Stella Hermanos? La afirmativa se impone, porque la Casa importadora había otorgado la fianza de que trata el numeral 2º de la Ley 64 de 1918, lo cual se comprueba con la copia de la escritura número 1906, de fecha tres de septiembre de mil novecientos veinte, otorgada ante el Notario 1º de Barranquilla, y que corre a los folios 14-16 del cuaderno principal. Esta fianza estaba vigente cuando las mercancías llegaron a Puerto Colombia.

"Que esa fianza sirvió para amparar la entrega de otras mercancías a Stella Hermanos, está comprobado con el certificado del Administrador de la Aduana, que corre a los folios 18 a 19 del cuaderno número 1º, y que la parte actora no estaba a paz y salvo con la Aduana, es una aseveración que está infirmada con el certificado del Tesorero General de la República, que corre al folio 28 del cuaderno principal.

"Se tiene entonces que al tenor de las normas que rigen el depósito necesario del Decreto número 533 citado, la Nación es responsable del valor de las mercancías, y que, por ende, debe prosperar la primera petición de la demanda.

"No resulta lo mismo con las peticiones segunda y tercera, porque en autos no se ha demostrado el pago del flete ni del seguro, ni del cambio de moneda, causado por la importación de tales mercancías.

"La cuarta petición debe prosperar, porque no habiendo recibido la parte actora las mercancías en la fecha del reconocimiento, y debiendo la Nación pagarle su valor, es obvio que también debe pagar los intereses legales sobre la cantidad valor de la factura.

"La quinta petición tampoco puede triunfar, porque no está demostrado que la parte demandante hubiera pagado los derechos de importación sobre el valor de los cinco bultos de mercancías que reclama en este juicio.

"El valor de la factura está claramente expresado en el manifiesto aducido por el actor y en las copias procedentes de la Administración de la Aduana; copias en las cuales se dejó constancia de que habían sido confrontadas con su original, folios 30 a 32 del cuaderno principal."

Con las pruebas aducidas en segunda instancia, el demandante logró acreditar la petición quinta del libelo; pues del certificado de la Sección de Contabilidad de la Aduana de Barranquilla, lo mismo que del certificado del Administrador Tesorero de la misma, aparece establecido que la Casa demandante pagó los derechos de importación de los bultos extraviados, materia del juicio, o sea del manifiesto número 18 del vapor **Carrillo**, de ocho de enero de mil novecientos veintiuno, por la suma de cuatrocientos treinta y cuatro pesos catorce centavos ($ 434-14).

No sucede lo propio respecto de la prueba de los cargos formulados en las peticiones segunda y tercera de la demanda, porque aunque es cierto que el actor asegura que el valor de los fletes consta en las respectivas facturas; verificadas éstas, no está en ellas la anotación correspondiente. Lo propio acontece con el precio del cambio de la moneda y del seguro de dichos bultos de mercancías. Y no obsta a esta conclusión el argumento de que la ley dispone se haga reintegro de tales gastos, y que por obra de esta disposición debe hacerse la condenación en abstracto; pues la ley ha de entenderse para el caso de que se pruebe jurídicamente la existencia de aquellos gastos, y esa prueba, en caso como el presente, no puede darse sino en el respectivo juicio que determi-

ne la situación jurídica de las partes, y tal prueba no se ha dado en este juicio.

Respecto de los descargos alegados por el señor Procurador, se recibieron en segunda instancia tan sólo las declaraciones de los señores Sorobabel Senior y Vicente Martínez. De estas declaraciones, apenas las del primer testigo es concluyente, en el sentido de que el Gobierno mantenía siempre estricta y completa vigilancia en la Aduana. No así la segunda declaración; pues el testigo dice que en la época del robo de la mercancía, tal vigilancia era insuficiente.

Como la primera declaración, por ser única, no hace plena prueba, no acredita completamente el hecho de que el Gobierno hubiera empleado el cuidado necesario que estaba obligado a tomar, para que así quedara establecido el caso fortuito que alegó su representante, y, por consiguiente, subsiste lo dicho en el fallo de primera instancia respecto de esa excepción, que la Corte acoge y que es del tenor siguiente:

"El representante de la Nación propuso como defensa perentoria la excepción de caso fortuito, consistente en el robo de las mercancías importadas, y cuyo valor se demanda en esta litis.

"En el depósito necesario, el depositario es responsable hasta de la culpa leve (artículo 2263 del Código Civil), y culpa leve es la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

"La causa de la pérdida de las mercancías se encuentra en el siguiente certificado del Secretario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que corre al folio 10 del cuaderno número 2°, y que dice así:

'El Secretario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento de la anterior providencia,

'Certifica:

'Al punto **a)** Es exacto que la Aduana de Barranquilla, en el año de mil novecientos veintiuno, se hallaba en completa desorganización.

'Al punto **b)** Es exacto que en el año mencionado ocurrieron en la Aduana numerosos robos y múltiples pérdidas de mercancías.

'**c)** De los documentos, informes y reclamaciones que se encuentran en el archivo del Ministerio, se deduce que la pérdida de mercancías por aquella época se debió a la desorganización en la Aduana y al mal servicio prestado por el Ferrocarril de Barranquilla.' "

Sostienen los expositores que la responsabilidad de la Administración Pública es más grave y lata que la de los particulares, porque aquélla tiene mejores medios de defensa y de acierto. Así, un administrador de aduana posee mejores elementos y mejores factores para guardar las mercancías depositadas que un simple particular; éste carece de recursos de emplear la fuerza oficial, la vigilancia oficial que tiene aquél a disposición.

Los particulares no pueden ser responsables de la desorganización de las oficinas públicas, por lo mismo que carecen de toda intervención en su organización y en el nombramiento de los empleados, y las entidades de derecho público no pueden excusarse contra toda responsabilidad y contra todo perjuicio causado a los particulares, dando como disculpa la mala organización de las oficinas públicas. Por el contrario, se presume siempre que éstas están bien organizadas y bien servidas, porque ese es uno de los objetos de la administración pública, prestar buenos servicios a los miembros de la comunidad, quienes, por esa razón, sufragan en forma de contribuciones los gastos del Estado.

Pero hay más: al Administrador de la Aduana no podía escapársele la responsabilidad, y por lo tanto el cuidado que debía tener, dada la existencia de ciertas disposiciones legales que hacen siempre a la Nación depositaria de las mercancías importadas, aun cuando el importador esté en mora de pagar los derechos. Por eso el artículo 182 del Código Fiscal es del siguiente tenor:

"Cuando el importador no pueda sacar de la aduana sus productos dentro de los seis meses siguientes al reconocimiento, por no haber pagado o asegurado el impuesto en los términos prevenidos en los citados artículos 157 y 158, el administrador debe venderlos en pública subasta.

"Del producto de la venta se deduce el valor del impuesto, con un recargo del diez por ciento, y el resto se le entregará al interesado.

"Si los objetos son corruptibles o susceptibles de merma, la venta se hace antes de que se corrompan o mermen, previa notificación personal al interesado o a su comisionista."

El artículo 20 de la Ley 59 de 1917 dice así:

"Los efectos anotados en el sobordo, que hayan sido desembargados y por los cuales no se presenten manifiestos para su reconocimiento, se tendrán como abandonados a los seis meses de estar en la aduana. Las mercancías que no hayan sido retiradas de los almacenes de la aduana a los seis meses de reconocidas y pagados los derechos de importación, serán vendidas en pública subasta, y el producto de ellas, después de deducidos los gastos de la venta y los derechos de depósito, será entregado al introductor."

Además, ese depósito necesario no es gratuito, y de ahí que según el Decreto número 1994 de 1917, los importadores pagan un derecho de depósito por las mercancías que permanezcan en las aduanas por un tiempo mayor que el debido.

La parte demandada no demostró que hubiera puesto la diligencia y cuidado debidos para que las mercancías no fueran sustraídas o robadas. Todo lo contrario: del certificado transcrito aparece que toda la culpa es imputable a ella.

La defensa que se estudia no puede, por tanto, prosperar.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **falla:**

Primero. La Nación está obligada a pagar a Stella Hermanos, sociedad colectiva de comercio domiciliada en Bogotá, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la suma de cuatro mil ciento noventa y nueve pesos con tres centavos moneda corriente, valor de la factura de los cinco bultos de mercancías, marca **Derrico**, llegados a la consignación de la expresada Sociedad, el día ocho de enero de mil novecientos veintiuno, procedentes de New Orleans, y de los cuales da cuenta el manifiesto de aduana número 18, de fecha ocho de enero de mil novecientos veintiuno, y que son los mismos enumerados en el hecho segundo de la demanda.

Segundo. La Nación está obligada a pagar a Stella Hermanos los intereses legales sobre la cantidad anterior, desde el seis de junio de mil novecientos veintiuno hasta que se verifique el pago.

Tercero. La Nación está igualmente obligada a devolver a la Sociedad Stella Hermanos, seis días después de notificado este fallo, la suma de cuatrocientos treinta y cuatro pesos catorce centavos ($ 434-14), que la primera pagó al Fisco por derechos de importación de los bultos de mercancías materia de esta litis.

Cuarto. Se absuelve a la Nación de los demás cargos de la demanda.

Quinto. No está probada la excepción perentoria propuesta por el representante de la Nación.

Sexto. Queda así reformada la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio quince de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

El Juzgado de Rentas Nacionales del Atlántico, por auto fechado el diez y seis de enero último, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Fisco Nacional y en contra del señor Pedro J. Navarrete, por la suma de mil ochocientos veinte pesos con noventa y tres centavos ($ 1,820-93), valor de derechos de importación, más los intereses de demora al uno por ciento mensual, y las costas del juicio.

Por ser el demandado vecino de Bogotá, fue comisionado el señor Juez 1° de Ejecuciones Nacionales para la intimación del mandamiento ejecutivo hasta poner el asunto en estado de citar para sentencia de pregón y remate.

Sirvió de base al mandamiento ejecutivo en referencia el reconocimiento número 72019 del 12 de septiembre de 1928, procedente de la Aduana de Barranquilla.

Con fecha doce de febrero último, el Juez comisionado intimó el mandamiento de que se trata al señor Navarrete, quien denunció para el pago una casa de su propiedad, ubicada en esta ciudad, y dio fiador de saneamiento. Y en el mismo acto de la notificación apeló para ante la Corte, recurso que le fue concedido en el efecto devolutivo.

Surtida ante esta Superioridad la tramitación de regla, se procede a resolver, y para ello se considera:

Durante el término de la fijación del negocio en lista, elevó el apelante, por medio de su apoderado, un memorial en que manifiesta:

"Que él pidió a una casa extranjera, para su almacén de esta ciudad, 'mantas para viaje,' que dice le fueron despachadas; pero que al llegar éstas a la Aduana, el Reconocedor declaró que el artículo pedido no eran 'mantas de lana para viaje,' sino 'paños de lana,' por cuyo motivo se le impuso al introductor una multa y se le detuvieron y remataron las mercancías que, según afirma, valían $ 400; que el peticionario abandonó la mercancía para que fuese rematada y que hecho esto, dice, no se puede legalmente cobrar saldos resultantes si el remate no produjo cantidad suficiente para pagarlos; que el abandono en mención implica, añade, la cancelación de los impuestos que se le deduzcan al introductor, quien, concluye, tiene un derecho alternativo: o pagar retirando las mercancías, o abandonarlas por el importe de la deuda, y que, por tanto, no hay lugar al cobro del saldo materia de la ejecución. Acompaña a su solicitud una Resolución de la Cámara de Comercio de Barranquilla, que manifiesta que la mercancía aludida está correctamente declarada, y termina el peticionario solicitando que se revoque el auto recurrido.

Los documentos que presenta el solicitante pueden constituír defensas que alegadas oportunamente darían lugar, mediante la demostración de los hechos, a declarar probada la excepción que corresponda. En este momento de la causa no hay oportunidad para apreciar documentos tendientes a destruír o enervar el mandamiento ejecutivo. Esa oportunidad en juicio ejecutivo la da el incidente de excepciones con su término de prueba y con los traslados a las partes a quienes es indispensable oír, ante el Juez competente.

El auto recurrido versa sobre una suma clara, líquida y exigible, es decir, reúne los requisitos que exige el artículo 1096 del Código Judicial; el Juzgado Ejecutor es competente para conocer del asunto, al tenor del artículo 24 de la Ley 40 de 1921, y por tales razones está estrictamente ceñido a la ley.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, **confirma** el auto materia de la apelación.

Con costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre trece de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

Por auto de quince de julio último, esta corporación confirmó el mandamiento ejecutivo de diez y seis de enero del presente año, por el cual el juzgado de Rentas Nacionales del Atlántico, en ejercicio de jurisdicción coactiva, libró contra Pedro J. Navarrete, vecino de Bogotá, por la suma de $ 1,820-93, en concepto de derecho de importación, multas y recargos, y que el Juzgado de Ejecuciones Fiscales intimó aquí en calidad de comisionado.

Por medio de apoderado, el ejecutado solicita reconsideración y revocación de la mencionada providencia fundándose en que no figura en los autos, originales, ni la Resolución número 2926 de 26 de diciembre de 1929 por la cual el Administrador de la Aduana de Barranquilla dispuso pasar las diligencias correspondientes al Juzgado de Rentas del Atlántico para cobrar a Navarrete, ni la copia auténtica del reconocimiento de la Aduana, a favor de la Nación, y a cargo del ejecutado.

Para resolver, se considera:

Los documentos a que alude el mandatario del apoderado no pueden figurar en la forma que él anota por la sencilla razón de que lo que envió el funcionario ejecutor no fue el expediente original de la ejecución sino un

despacho comisorio para notificar y cumplir el auto ejecutivo, despacho en que se inserta este auto y los documentos que le sirvieron de base.

No de otra manera, según el artículo 1026 del Código Judicial, puede procederse cuando las diligencias ejecutivas, como es el caso de autos, han de practicarse por medio de Juez comisionado.

Otra cosa sería si en el expediente de la ejecución no existieran los documentos aludidos en la forma que el reclamante echa de menos. Sobre este particular nada consta, ni el ejecutado ha hecho nada por acreditarlo.

En tal virtud, la Sala, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no accede a revocar el auto reclamado.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial.

JULIO LUZARDO FORTOUL—Enrique A. Becerra—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio treinta de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En el juicio sobre expropiación de una faja de terreno de propiedad del señor Daniel María Jiménez, que el Superintendente del Ferrocarril del Carare, mediante apoderado y con autorización del Gobierno, instauró ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja; faja que integra el predio denominado Quircarsir, en una extensión de dos fanegadas, siete mil setecientas varas cuadradas, comprendida entre las abcisas K 0.725 y K 1.478,20, dicho Tribunal, en sentencia de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos veintiocho, decretó a favor de la Nación y con destino al mencionado Ferrocarril, la expropiación; y como consecuencia, se procedió a determinar, mediante peritos, el valor de la zona y el de los perjuicios consiguientes.

Posesionados los designados peritos por ambas partes, que lo fueron los señores Alirio Machado y Julio César Camargo, éstos rindieron su dictamen de la manera siguiente:

"Nos trasladámos al lugar donde se encuentra ubicada la finca materia de la expropiación, la recorrímos en toda su extensión y la examinámos detenidamente. De acuerdo con lo que aparece del plano aprobado por el Ministerio de Obras Públicas, el número de varas cuadradas que integran la zona que se expropia es el de veintisiete mil setecientas cincuenta (27,750).

"La zona de terreno a que aludimos se halla no muy distante de la ciudad de Tunja, lo mismo que de la estación del ferrocarril; es de buena calidad y apropiada para la agricultura. Y dadas estas circunstancias, de común acuerdo, valoramos la precitada zona en la cantidad de quinientos pesos ($ 500) moneda corriente, precio que en manera alguna consideramos exagerado.

"**Perjuicios.** Estos consisten: en la destrucción de las cercas de tapia, poco más o menos, en número de ciento noventa (190).

"En la división del terreno en dos lotes, por cortes sumamente altos, lo cual hace muy difícil la comunicación entre ellos y esto impone la apertura obligada de unas siete u ocho calles, más o menos, para la comunicación entre dichos lotes, y, consecuencialmente, el arreglo en cada uno de los predios para la entrada y salida de las calles o pasos que faciliten esa comunicación.

"En el embotellamiento general de la finca, lo que obligó al dueño a comprar una calle para darse la entrada a la parte baja, calle que el demandado está obligado a cercar debidamente a sus expensas.

"En la muralla construída por la Empresa del Ferrocarril para recoger las aguas lluvias del predio vecino que se dice ser de propiedad del señor Lázaro Neira, caudal de aguas que ha causado y causará, sin duda alguna, derrumbes en la parte baja del terreno del demandado, lo cual impone forzosamente la construcción de dos murallas de calicanto que impidan la continuación del derrumbamiento del terreno.

"Los perjuicios ocasionados al señor demandado, teniendo en cuenta las circunstancias atrás anotadas, los avaluamos en la cantidad de cuatro mil quinientos pesos ($ 4,500) moneda legal.

"Hacemos constar, además, que el hecho de haber sido atravesada la finca por la ferrovía, en toda su extensión, no le trae mejora alguna que deba tenerse en cuenta para descontar su valor del precio de la zona expropiada.

"Fuimos informados, y ello está a la vista, de que la zona expropiada está ocupada ya con la carrilera del ferrocarril del Carare desde hace más de cuatro años. Los frutos civiles y naturales producidos y que pudiera producir la zona expropiada durante ese tiempo, no los tenemos en cuenta para el avalúo, porque ellos son materia que constituye distinta reclamación contra el Estado, toda vez que éste ocupó **manu militari** la zona en referencia."

El apoderado del Ferrocarril objetó este dictamen con fundamento en las razones que se copian en seguida:

"Los peritos designados para practicar el avalúo de que trata el artículo 18 de la Ley 35 de 1915, estimaron conveniente valorar la pequeña zona expropiada en la cantidad de quinientos pesos ($ 500) y en la exorbitante de **cuatro mil quinientos pesos** ($ 4,500) los perjuicios que se dicen causados por el paso del ferrocarril.

"Ahora bien: yo, como representante especial de la Nación en este caso concreto; y en ejercicio del derecho otorgado por los artículos 77 de la Ley 107 de 1890 y 31 de la Ley 100 de 1892, me creo obligado a objetar ese dictamen pericial, sobre todo en cuanto concierne a la estimación de los perjuicios, considerándolo desde luégo como esencialmente desacertado, aserción que apoyo en los hechos y consideraciones siguientes:

"a) Conceptúan los peritos que uno de los motivos fundamentales de esos perjuicios es la destrucción de las cercas, aproximadamente, dicen, ciento noventa tapias (190).

"A esto respondo: esta apreciación se basa en un cálculo simplemente discrecional, porque no está demostrado que los expertos hubiesen expuesto o indicado el medio o procedimiento empleado para llegar a semejante guarismo. Preciso era que así se hubiera también estimado el valor real de cada tapia, cuyo bueno o mal estado, al tiempo de la destrucción, ignoramos ellos y yo.

"Por otra parte, las cercas destruídas, como objetivamente pudiera establecerse, se encontraban dentro de la zona misma, circunstancia ésta reveladora de que el valor de las tapias se ha computado dos veces, no debiendo computarse ninguna, puesto que ellas hacían parte integrante de la zona expropiada y porque en este caso, es

claro que de nada le servirían al reclamante, comoquiera que para él ya carecerían de objeto. Pero aun en la hipótesis contraria, el número de aquéllas resulta exagerado para tan limitado espacio. Además, es innegable que el ferrocarril ha cercado la expresada zona, no sólo con alambre erizado sostenido por postes de madera, sino con alamedas de eucaliptus, plantadas a lo largo, todo lo cual, aparte de ser medio especial de seguridad para el reclamante, constituye un factor de embellecimiento para la propiedad particular.

"Así, pues, todos estos hechos y circunstancias desvirtúan el primer fundamento de apreciación.

"b) En cuanto al segundo fundamento de apreciación, objeto:

"El terreno del señor Jiménez estaba, desde hace más de cuatro años, o sea cuando se iniciaron los trabajos ferroviarios, perfecta y materialmente dividido en dos lotes o porciones por medio de una cerca de tapias que aún puede verse y palparse. Por consiguiente, el ferrocarril debe tan sólo poner en comunicación esas dos porciones o lotes por medio de paso a nivel. Luego no existe razón absolutamente ninguna para estimar necesaria ni mucho menos, la apertura de siete u ocho calles para poner en comunicación los dos lotes separados por la zona del ferrocarril.

"Bien se ve y comprende que esto de siete u ocho calles, fantásticas en verdad, se funda en un simple proyecto de futura y muy remota urbanización, no concebida siquiera cuando se inició la obra; y siendo ello así, no sería razonable satisfacer ahora perjuicios que todavía no se han causado y que sólo tienen apoyo en la distante y problemática realización de un proyecto que acaba de surgir como cosa contingente. Luego lo que en este caso es o puede ser materia de apreciación no es el hecho lejano y meramente posible, sino el hecho actual y positivo, ya que, de otra suerte, los peritos extralimitarían el radio de su misión; y no porque los peritos, al decir de los expositores, sean a modo de lentes de aumento, ha de seguirse que su labor pueda dilatarse hasta el futuro posible o contingente, pues en este caso la apreciación pericial, al paso que se trocaría en obra de simple imaginación, no tendría fundamento real y positivo.

"c) Si la zona hubiera encerrado totalmente los dos lotes y no se hubiera dejado comunicación entre ellos, habría razón para decir o conceptuar, por lo menos, que el propietario había tenido o tendría necesidad de adquirir una calle para entrar en la parte baja del terreno. Pero es lo cierto (y también puede comprobarse), que el predio del reclamante tenía su entrada **por arriba**, como que nunca la tuvo por abajo. Luego si ahora, por simples motivos de conveniencia personal, quiere darle también entrada por este último lado, considero que el Ferrocarril no está obligado a costeársela, pues este es asunto que depende del mayor o menor deseo que el señor Jiménez abrigue de mejorar su finca o de urbanizarla en los términos más favorables y provechosos para él. Esta es mera cuestión de conveniencia personal y futura.

"De suerte, pues, que si el Ferrocarril no le ha quitado su entrada natural al predio, puesto que la antigua existe, es claro que si el señor Jiménez ha comprado, como dice, **una calle** para tener acceso separado y especial a la parte baja, ello, como lo expuse enantes, es hecho esencialmente potestativo del dueño, quien podría no sólo procurar esa nueva entrada sino muchas más.

"d) Respecto de la muralla construída por la Empresa del ferrocarril y de la alcantarilla destinada a recoger y encauzar las aguas lluvias (pues no existen otras en aquel terreno de extraordinaria aridez), es también evidente que estas obras no ocasionan, no pueden ocasionar perjuicio alguno, porque las aguas que descienden de la parte alta penetran dentro de la alcantarilla y al salir de ésta, vuelven naturalmente al zanjón formado por ellas mismas como desagüe natural, hecho que a la simple vista se demuestra.

"e) Acerca de este quinto punto o fundamento de apreciación, observo:

"Negar que una vía férrea de la importancia de la del Carare no mejora o valoriza un predio por ella atravesado, es negar una verdad axiomática o evidente por sí misma; y negar también que si el señor Jiménez cobra perjuicios de altísima entidad, ello se debe precisamente a las grandes ventajas que aquella vía le ha procurado al terreno, cuyo valor intrínseco está demostrado por el avalúo catastral del presente y del pasado período, equivale también a repudiar sin fundamento alguno un hecho de aceptación cuasi universal.

"¿Porqué, entonces, el reclamante habla de la necesidad de abrir en tan reducido espacio tantas calles cuantas puede tener uno de nuestros vecinos pueblos, y en su mente, alucinada por las más seductoras perspectivas, se agita la idea de trocar aquella parcela en barrio moderno de ciudad? ¿No será que tales perspectivas y proyectos se fundan precisamente en la proximidad del predio a la estación central del ferrocarril y en el paso de éste por el sitio que hace apenas breve espacio no tenía demanda alguna ni para labores agrícolas y mucho menos para habitaciones ricas o pobres?

"Pero, en la aventurada hipótesis de que la vía férrea no le prestara al terreno beneficios de ninguna especie, ello se explicaría naturalmente, ora porque éste, dada su calidad, es incapaz de producir alguna cosa apreciable, ora porque lo que muy difícilmente puede producir encuentra ahí mismo su radio de consumo.

"¿Y no es verdad que el señor Jiménez, cuando se iniciaron los trabajos, o cuando fue ocupada la pequeña zona, ha debido intentar su reclamación, no ahora, cuando convencido de las ventajas que le ha traído el ferrocarril, acaricia el proyecto de hacer del predio algo así como un diminuto Versalles?

"Si no estoy equivocado, concurren en el presente caso dos circunstancias esenciales dignas de ser tenidas en cuenta. Tales son, en primer lugar, la que se refiere a un avalúo anterior, efectuado sin mirajes de enorme prosperidad y en condiciones que pudieran calificarse de relativamente moderadas y equitativas; y la que dice relación al avalúo catastral del período anterior y del presente. Pero hoy, si es verdad que la zona ha sido estimada en quinientos pesos y los perjuicios en nueve veces más, habrá que asignarle al resto del predio un valor veinticinco veces mayor del que figuró o ahora figura en el catastro; y a fe que este valor comercial es perfectamente inverosímil. Pero, aun admitiendo que así fuese, cualquiera se preguntaría la causa de tan extraordi-

nario fenómeno comercial, para responderse asímismo que esa causa no era otra que la proximidad del lote a la estación central y el paso de la locomotora por él, lo cual querría decir que grandes, muy grandes habían sido los beneficios que el ferrocarril le había procurado al afortunado propietario.

"De todo lo expuesto deduzco que ha habido error esencial en la apreciación de los peritos, lo que objetivamente, como he dicho, se podría demostrar hasta la evidencia; y en tal virtud, yo abundaría en razón y derecho para pedir que se declarase erróneo y desacertado tal avalúo y que oportunamente se dispusiese la práctica de uno nuevo por medio de expertos que mirasen sólo a la realidad de las cosas y que, además de reunir en sí las condiciones requeridas por el artículo 18 de la Ley 35 de 1915, poseyesen ciertos conocimientos técnicos relacionados con la ingeniería.....

"....Antes de ponerle punto final a estas observaciones, quiero y debo hacer presente un hecho digno de atención especial.

"Quiero decir que si el lote todo aparece avaluado en el último catastro en la cantidad de $ 2,200, y los perjuicios lo han sido en $ 4,500, ha resultado la parte mayor que el todo, absurdo éste que lógicamente se desprende de la apreciación. Y creo también que los beneficios o ventajas otorgadas al predio en cuestión por la ferrovía del Carare, a ser justamente estimados, resultarían de mayor valor y entidad que el predio mismo con sus ocho calles y demás maravillosas perspectivas.

"La palmaria demostración y comprobación de este hecho ha sido dada, quién lo creyera: por el mismo propietario reclamante y por los señores peritos.

"Como, por otra parte, el dictamen pericial no ata con lazo de hierro al Juez o Magistrado, puesto que éste no está obligado a subordinar su conciencia y su criterio al criterio y a la conciencia de quienes son tenidos como meros auxiliares en la investigación de la verdad, yo, en nombre de la entidad que represento y como consecuencia lógica de las demostraciones que anteceden, respetuosamente solicito que se haga la declaración a que me he referido, ordenando, si ello fuere necesario y legal, que se practique un nuevo avalúo de la zona expropiada y de los perjuicios que se dicen causados por la expropiación, todo esto en condiciones y medios que garanticen tanto la justicia como la verdad de las cosas."

El Tribunal respectivo, en providencia de fecha seis de marzo de mil novecientos veintinueve "declaró probada la objeción consistente en que se encuentra viciado de error esencial el dictamen dado por quienes intervinieron como peritos en el avalúo de la zona de cuya expropiación se trata en el presente juicio y de los perjuicios que por razón de ésta se causen al dueño del inmueble. En consecuencia, no acepta el referido dictamen como prueba de los hechos a que él se refiere; y dispone que por otros peritos, nombrados como lo indica la ley, se practique nuevo avalúo sobre los mismos puntos."

Como el interesado Jiménez interpuso recurso de apelación contra esta providencia, concedido que le fue y tramitado ante esta Sala de la Corte, en auto de fecha veinticuatro de junio del mismo año revocó el de primera instancia y en su lugar dispuso "que el Tribunal proceda a fijar el monto de la indemnización por la expropiación de que se trata."

Y en cumplimiento de este mandato vino el fallo del Tribunal, fechado el treinta de septiembre siguiente, en el que se fija como monto de la indemnización que la parte demandante debe pagar a la parte demandada, por causa de la expropiación de la zona de terreno a que se refiere el presente juicio, la cantidad de quinientos pesos moneda corriente, señalada como precio de la misma zona; "y declara que con la expropiación de que se trata no se acarrean perjuicios al dueño del inmueble, por no encontrarse comprobados."

Como el demandado en el juicio de expropiación, señor Jiménez, no se conformó con este fallo, interpuso nuevamente recurso ante la Corte, donde, sustanciado en legal forma, se procede a decidir lo que se estima jurídico en orden al derecho alegado y a los hechos en que se apoya, después de oírse al señor Procurador General de la Nación y al recurrente.

Para hacer las declaraciones que contiene la parte resolutiva del fallo que se examina, el Tribunal hizo el siguiente comentario en que las funda:

"En lo que dice relación al avalúo que el Tribunal debe hacer, considera lo siguiente:

"Aun cuando, como en oportunidad lo observó la Sala, los peritos al avaluar en quinientos pesos ($ 500) la zona de cuya expropiación se trata, no procedieron teniendo en cuenta el precio señalado al inmueble en el catastro, según lo manda el artículo 2º de la Ley 77 de 1927, sino que se fundaron en razones de orden comercial que no era el caso de hacer, con todo, como no aparece que aquel precio no coincide con el que proporcionalmente pueda corresponder a la zona en relación al señalado al inmueble en el catastro, y teniendo además en cuenta que en el expediente no hay otro principio de prueba que capacite al Tribunal para apreciar su valor, la Sala no encuentra inconveniente en fijar el precio de la zona en la cantidad de quinientos pesos ($ 500) señalada por los peritos.

"En lo que dice relación a los perjuicios cuyo valor se fijó por los peritos en la cantidad de cuatro mil quinientos pesos ($ 4,500), la Sala observa: la indemnización de perjuicios comprende en lo general el daño emergente y el lucro cesante, según lo enseña el artículo 1613 del Código Civil. En el caso actual el daño emergente consiste en la pérdida que sufre el dueño del inmueble por los deterioros y desperfectos que por causa de la expropiación de la zona reciba el resto del predio y que le hagan desmejorar en su valor o le causen gravamen; y el lucro cesante consiste en la ganancia que deja de reportar el dueño por concepto de frutos de la zona que se le expropia.

"Desde el momento en que el dueño de la zona adquiere el valor de ésta, y la Nación dicha zona, en virtud de la entrega de la cosa y el precio, no hay lucro cesante porque se presume que los frutos que puede producir la cosa expropiada son equivalentes a los frutos que puede producir el precio.

"En consecuencia, se tiene que la cantidad de cuatro mil quinientos pesos señalada por los peritos como monto de los perjuicios, sólo podría proceder del daño emergente, y entonces se hace más notoria la justicia del concepto emitido en oportunidad por la Sala, al demostrar que los peritos habían incurrido en error esencial en el avalúo de los perjuicios, y que se encuentra expresado en estos términos:

"Teniendo en cuenta este antecedente (el valor comercial del inmueble que conforme a las pruebas del expediente no ha excedido de dos mil doscientos pesos), y considerando que el mayor perjuicio que se puede causar al dueño de una cosa es la destrucción de la misma, se llega a la deducción de que aun habiéndose alcanzado este extremo en el caso actual, el máximum de la indemnización a que justamente estaría obligada la Nación no podría exceder del precio de dicha cosa. No obstante estas claras razones, los peritos avaluaron los perjuicios en más del doble del precio de la cosa, es decir, concluyeron que la Nación debe pagar más por el beneficio de una parte del inmueble de lo que hubiese debido pagar por el beneficio de todo él, si le hubiese sido necesario, o sea que la parte es mayor que el todo.

"Analizando los fundamentos invocados por los peritos para justificar el avalúo de perjuicios, se obtienen estas conclusiones: El primer fundamento es el de que al ocupar la zona el ferrocarril fue destruída una cerca de tapias, poco más o menos en número de ciento noventa (190). A esta afirmación se observa: si la cerca fue destruída con la ocupación de la zona, necesariamente estaba situada dentro de ella, de donde se sigue que por adherencia hacía parte de la misma y que por consiguiente su valor quedó comprendido en el valor de la zona, circunstancia por la cual no puede estimarse por separado.

"Estando ya destruída la cerca cuando los peritos tuvieron a la vista la zona, éstos carecían de capacidad para fijar su valor, toda vez que sólo es de su incumbencia el fijar el estado presente y real de las cosas o las personas, aplicando los conocimientos técnicos del caso, como lo enseña el artículo 656 del Código Judicial, y no apreciar hechos pasados, que es función propia de los testigos.

"Pero aun suponiendo que la información recibida por los peritos, la que, dicho sea de paso, no tiene alcance de prueba judicial, fuese verdadera, es decir, que en realidad hubiesen sido destruídas las paredes de que se viene tratando, este hecho no acarreó daño emergente al resto de la finca, porque no teniendo otro objeto aquellas paredes que el de separar dos porciones de la misma, y habiendo quedado separadas dichas porciones por los cortes altos de la vía ferroviaria, según lo afirman los peritos en el segundo hecho fundamental de su dictamen, por las cercas de alambre erizado y por las alamedas de eucaliptus construídas y planteadas a lo largo de la vía por la empresa del ferrocarril, a las cuales se refiere el abogado de la Nación; el destino que tenían las paredes se encuentra hoy satisfecho en mejores condiciones de seguridad y ornato.

"El segundo hecho en que fundan su dictamen los peritos consiste en que el terreno quedó dividido por cortes sumamente altos, circunstancia por la cual es muy difícil la comunicación entre ellos y se impone la apertura de unas siete u ocho calles para establecerla y consecuencialmente el arreglo en cada uno de los predios para la entrada y salida de las calles o pasos que faciliten esa comunicación. A este hecho se observa: La división del terreno en dos lotes, por cortes altos, ningún perjuicio acarrea al globo en general, porque, como ya se demostró, los cortes apenas vinieron a reemplazar en su destino a las paredes que establecían la misma división que advierten los peritos. La apertura de siete u ocho calles para comunicar los dos lotes que forman el predio, tampoco tiene razón de ser, porque no es dable suponer que cuando existía la cerca de paredes, que no tenía otro fin distinto del de separar los mismos lotes, hubiese comunicación entre éstos siete u ocho puntos distintos, desde luégo que además de ser tan profusa comunicación innecesaria, ella habría anulado el objeto para el cual había sido construída la cerca de paredes. Además, en el supuesto improbable de que hubiese existido esa comunicación, es claro que las calles o sendas que le servían de medio, existen, toda vez que la apertura de la vía férrea no podía tener alcance distinto del de cortarlas transversalmente. En consecuencia, se tiene que el segundo hecho invocado por los peritos para justificar el avalúo de perjuicios, tampoco demuestra que con la expropiación de la zona se acarreó daño emergente al dueño del inmueble.

"El tercer hecho alegado como fundamento del dictamen, consiste, según los peritos, en el embotellamiento (sic) general de los lotes en que quedó dividido el predio, lo cual, dicen, obligó al dueño de éste a comprar una calle para tener entrada a la parte baja de aquél. A esta afirmación se observa: seguramente los peritos, al emplear el término de 'embotellamiento,' quisieron significar que los lotes en que está dividido el predio quedaron sin salida, lo cual es inaceptable porque para que este fenómeno sucediera sería necesario que la carrilera los encerrara por todos sus costados; pero como los mismos peritos dicen que el dueño del inmueble, para evitar la incomunicabilidad, tuvo que comprar una calle para tener entrada a la parte baja, necesario es analizar este concepto así: la entrada tenía que practicarse anteriormente por el suelo que hoy corresponde a la zona, o por otro lugar; si lo primero, aquélla puede practicarse por el sitio aledaño a dicha zona; y si lo segundo, la entrada tiene que subsistir por el mismo lugar; y en uno y otro caso no hay perjuicio. Cosa distinta es, como lo advierte el abogado de la Nación, que el dueño del inmueble quiera darle otra entrada para mejorarlo.

"El último hecho indicado por los peritos, como fundamento de su dictamen, consiste en que la empresa del ferrocarril construyó una muralla (sic) para recoger las aguas lluvias del predio dominante, las que al penetrar al predio sirviente causan derrumbes que sólo pueden ser contenidos mediante la construcción de otras dos murallas. Respecto a este hecho la Sala observa: seguramente lo que construyó la empresa del ferrocarril para recoger las aguas lluvias fue una alcantarilla, por ser ésta la obra conveniente para alcanzar aquel fin. El solo sentido común indica que obras con esta destinación se construyen en el lugar donde afluyen las aguas, que naturalmente es el de más bajo nivel, de donde se sigue que las aguas al salir de la alcantarilla vuelven a su antiguo cauce, es decir, al zanjón de que habla el apoderado del demandante, con lo cual no causan daño al predio sirviente.

"En conclusión se tiene la de que con la expropiación de que se trata, ningún perjuicio se causa al dueño del inmueble; y que, al contrario, éste se beneficia con la construcción de la vía férrea desde luégo que estando el inmueble situado a menos de un kilómetro de la estación, puede ser materia de una urbanización muy lucrativa."

A lo expuesto por el Tribunal sentenciador, la Corte agrega:

Para justipreciar la zona expropiada por los peritos en primer lugar tuvieron en cuenta la calidad y destinación a la agricultura que ella tenía cuando se decretó la expropiación, y teniendo en cuenta esta destinación, le fijaron como valor la cantidad de quinientos pesos ($ 500) moneda corriente, estimación que, relacionada con el valor catastral que todo el lote del señor Jiménez tiene, según datos auténticos que figuran en el expediente, es decir, la cantidad de dos mil doscientos pesos ($ 2,200) de la misma moneda, es equitativa y fundada.

Y si el criterio de la destinación fue el que prevaleció en el ánimo de los peritos para fijar el valor de la zona expropiada, lo natural es que ese mismo criterio les sirva para determinar el valor de los perjuicios ocasionados con la desintegración del lote de que el señor Jiménez es propietario.

Empero, para hacer esta determinación, los señores peritos tuvieron en cuenta otras circunstancias, tales como la destrucción de las cercas de tapia, cuya cantidad no apreciaron debidamente, desde luégo que lo hicieron por aproximación, sin declarar su número, calidad y precio, faltando de esta manera a su misión y dejando por ende sin base al sentenciador para suplir la deficiencia del dictamen con otros medios de prueba que contribuyeran a formar su criterio sobre el particular.

Consideraron también los señores peritos que la división del terreno en dos lotes obligaba al propietario a abrir unas siete u ocho calles para ponerlos en comunicación entre sí; y no expresaron tampoco el costo de esas siete u ocho vías de comunicación, la cantidad de tierra que era preciso mover, la pavimentación que debe dárseles, su costo, etc., etc., de manera que su dictamen sobre este particular aparece sin fundamento y no puede ser estimado como prueba. Además, tratándose de un terreno destinado a la agricultura, según el propio concepto de los peritos, no se ve la razón para que los señores peritos tuvieran en cuenta la apertura de siete u ocho calles que sirvieran de comunicación a los dos lotes en que el predio de que se trata quedó dividido; parece que los expertos desviaron su criterio en este caso y lo que es terreno agrícola lo tuvieron como zona urbanizable y creyeron que a la empresa del Ferrocarril del Carare correspondía, por vía de indemnización, satisfacer los futuros intentos del propietario, de hacer de su terreno una parte de la ciudad de Tunja; creencia que los llevó al error de estimar como perjuicios los resultados de una empresa futura, olvidando que su misión debía referirse a la estimación de los perjuicios actuales e intrínsecos.

Tampoco expresan los señores peritos en qué consiste el **embotellamiento** general de la finca, ni mucho menos cuál es el valor de la calle que dicen se vio obligado a comprar el propietario, señor Jiménez, determinando de una manera precisa la necesidad de la inversión, dadas las circunstancias del **embotellamiento** a que ellos se refieren. La falta de estos datos hace que el dictamen, por este aspecto, carezca de las condiciones que lo hagan apreciable en justicia, pues no son simples afirmaciones las que se requieren para fallar, sino las demostraciones en que aquéllas racionalmente se funden para suministrar la convicción.

Con respecto a la construcción de dos murallas que contengan los derrumbamientos de que hablan los señores expertos, ni el dictamen expresa en qué consiste la necesidad de esa construcción, ni tampoco su costo, pormenorizando los elementos que la integren; de consiguiente, el peritaje carece de fundamento por este aspecto, y no puede ser tenido por prueba. Y de igual reparo adolece el concepto relativo a la carencia de beneficios que el paso de la ferrovía produzca a la finca materia de la expropiación.

Y aunque se arguya para sostener el dictamen de los peritos que "quien voluntariamente vende una cosa de su propiedad, es porque considera que el momento en que la vende es propicio para la operación. Mira en tal caso el vendedor su propia conveniencia, y ejecuta la enajenación teniendo en cuenta sus negocios en general, y mirando siempre a un plan conjunto que le hace planear sus operaciones en forma que consulta en todo caso sus intereses en general, de modo que lo que puede perder por una parte se compense con lo que retribuya otra operación. Mas, cuando se trata de una venta por motivos de utilidad pública, ninguna de las consideraciones de la venta voluntaria puede entrar en juego." Aunque esto se alegue, nadie negar podrá que toda expropiación reclama la compensación correspondiente al valor de la propiedad y a los perjuicios que de su desintegración, en casos como el presente, se sigan; empero, para que esa indemnización, que debe ser plena, se decrete, es necesario que se demuestre su existencia y su cuantía de una manera fidedigna; que esa demostración sea racional y equitativa, tanto respecto de la realidad de los elementos que incluyen la indemnización, como de la eficacia de los medios de prueba señalados para obtener la demostración. Y en este caso la falta de fundamento del dictamen pericial hace que no sea apreciable como prueba de los perjuicios; sin que obste a esta conclusión el principio general antes expuesto, pues la eficacia del derecho depende de la conveniencia de la prueba del hecho en que él se funda. Y aunque el valor de las cosas vendidas voluntariamente en circunstancias que hagan necesaria la venta voluntaria, puede ser inferior al precio verdadero, esto no quiere decir que en las ventas forzadas, hechas en interés de la comunidad, ese valor sea mayor con base en las posibles combinaciones que para el futuro proyecte el propietario; pues aunque no haya oferta por parte del vendedor forzado, la necesidad pública que requiere la demanda en estos casos, no hace de peor condición al Estado para obligarlo a pagar precios no reconocidos como corrientes en el mercado.

Por todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, reforma la providencia apelada, declarando que no es el caso de condenar a la empresa del Ferrocarril del Carare al pago de los perjuicios procedentes a la expropiación de que se trata, porque en el presente juicio no aparecen demostrados ni la extensión ni la cuantía de tales perjuicios, y la confirma en todo lo demás.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Imprenta Nacional

REPÚBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, septiembre 20 de 1932. | Número 1868

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

En demanda del cuatro de agosto de mil novecientos treinta y uno el doctor Pedro M. Carreño solicitó se declararan inexequibles los artículos 28 y 32 de la Ley 58 del propio año, por la cual se crea la Superintendencia de Sociedades Anónimas y se dictan otras disposiciones; y en demanda de veintitrés de septiembre siguiente pidió la misma declaración respecto de los artículos 25 y 27.

En oportunidad se decretó la acumulación de las dos demandas, y fue oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, adverso a las pretensiones del doctor Carreño.

Para resolver el asunto, la Corte considera:

La Ley 58 debía, según lo estatuído en su artículo 47, comenzar a regir el primero de enero de mil novecientos treinta y dos; pero el artículo 88 de la Ley 134 de 1931, sobre sociedades cooperativas, dispuso esto:

"Desde la sanción de la presente Ley, suspéndase la vigencia de la Ley 58 de 1931, mientras se expida una general sobre sociedades comerciales, especialmente sobre las anónimas.

"El Ministro del ramo y el Superintendente Bancario, asesorados por las Cámaras de Comercio, revisarán la expresada Ley 58 y prepararán el proyecto general de la ley para presentarlo al Congreso en sus próximas sesiones ordinarias."

La Ley 134 fue sancionada el siete de diciembre del citado año (**Diario Oficial** número 21866, de 15 de diciembre de 1931).

Por tanto, la Ley 58 no ha estado en vigencia, porque ésta fue suspendida antes que llegara el primero de enero del corriente año.

Suspendida la Ley, no hay porqué decidir si los artículos de ella que se encuentran acusados como contrarios a la Constitución, son inexequibles o nó.

Así lo ha sostenido la Jurisprudencia de la Corte en casos semejantes al actual. En sentencia de veintiuno de junio de mil novecientos veintiséis, proferida con motivo de la demanda de inexequibilidad presentada contra la Ley 103 de 1923, "sobre organización judicial y procedimiento civil," esta corporación expuso lo siguiente:

"El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910 confió a la Corte Suprema la alta misión de velar por la fiel observancia de la Constitución, custodia que ejerce aplicando la sanción de inexequibilidad de las leyes y actos legislativos del Congreso, así como a los decretos del Poder Ejecutivo que vulneren en alguna forma los mandatos del constituyente, siempre que medie objeción del Gobierno en los casos previstos en el Estatuto, o acusación de uno o más ciudadanos.

"Como la función de la Corte es en este caso defensora de la integridad de la Constitución, y como toda defensa implica la existencia de un ataque actual o inminente, síguese que la indicada función no tiene aplicación sino en presencia de un acto de los Poderes Legislativo o Ejecutivo que menoscabe o amenace menoscabar el Estatuto de cuya integridad es depositaria la Corte. Mas para que un acto de aquellos Poderes pueda ocasionar el menoscabo de que se habla, es menester que tenga al menos posible cumplimiento, pues lo que no tiene ni puede tener eficacia práctica, ningún detrimento puede acarrear en el hecho a nadie ni a nada.

"Por estas razones ha decidido la Corte de manera constante que para que haya lugar a fallar sobre la inexequibilidad de un acto acusado, es menester que éste se halle en plena vigencia. Y es que no siendo la decisión sobre inexequibilidad, según la acepción jurídica de este vocablo, otra cosa que la declaración de que el acto sobre que ella versa no puede ejecutarse, tal declaración presupone la vigencia de dicho acto, ya que lo que no está en vigor, por el solo hecho de no estarlo, no es susceptible de ejecución.

"Conduce lo anterior a demostrar que habiendo sido suspendida por el mismo legislador la vigencia de la ley acusada, la función defensora de la Corte no tiene sobre qué ejercerse, por sustracción de materia." (**Gaceta Judicial** números 1689 y 1690, correspondiente al 7 de septiembre de 1926, tomo XXXII).

En tal virtud, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a resolver las demandas de inexequibilidad de los artículos 25, 27, 28 y 32 de la Ley 58 de 1931, presentadas por el doctor Pedro M. Carreño.

Cópiese, notifíquese y publíquese este fallo en la **Gaceta Judicial** y envíese una copia al señor Ministro de Gobierno.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**José Miguel Arango. Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez — Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper,** Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Demandó el señor don Ezequiel Hoyos, por conducto de apoderado, a la Compañía Colombiana de Seguros, para que en sentencia definitiva se declarara lo siguiente:

"Primero. Que la Compañía Colombiana de Seguros está en la obligación de pagar al señor Ezequiel Hoyos, en la ciudad de Cali, y dentro de los seis días siguientes a la notificación del fallo, la cantidad de **catorce mil ochocientos sesenta pesos sesenta centavos ($ 14,860-60)**, en moneda legal colombiana, o la cantidad que sea fijada por peritos en el término de prueba, como indemnización por las pérdidas sufridas como consecuencia del incendio que dañó y destruyó varios de los edificios y elementos industriales que el señor Hoyos tenía asegurados en la Compañía demandada.

"Segundo. Que la misma Compañía Colombiana de Seguros está en la obligación de pagar al señor don Ezequiel Hoyos, en la ciudad de Cali, y dentro de los seis días siguientes a la notificación de la sentencia, la suma que sea fijada por peritos, durante el término de prueba, como indemización por los perjuicos que le ha irrogado al demandante la Compañía aseguradora, como consecuencia necesaria del incumplimiento de las obligaciones contraídas por ésta para con aquél y por haberle impedido la inmediata reconstrucción de los edificios averiados y destruídos por el fuego.

"Tercero. Que pague las costas del juicio la parte demandada."

La demanda refiere estos hechos:

"1º El 9 de julio de 1923 el señor don Ezequiel Hoyos aseguró en la Compañía Colombiana de Seguros, al tenor de la póliza contra incendio número 2921, firmada en Bogotá el 23 de agosto del mismo año, los siguientes bienes de su propiedad:

"a) Una casa de campo destinada para habitación de familia, con muebles y pesebreras, en cinco mil pesos.. . . . . .$	5,000 ..
"Una enramada destinada para bagacera y depósito de azúcar, quedando incluídas las existencias de azúcar, en ocho mil pesos. . .	8,000 ..
"c) Una enramada donde funcionaba el trapiche, con su hornilla y demás elementos que lo componen, quedando incluídas las maquinarias todas, en seis mil pesos.	6,000 ..
"d) Dos enramadas destinadas para depósito de azúcar, quedando incluída la existencia de azúcar, en seis mil pesos..	6,000 ..
"Suma total asegurada.. . . . . .$	25,000 ..

"Todo comprendido dentro de los siguientes linderos:

"Por el Norte, con el río Párraga; por el Sur, con la acequia que conduce el agua a la máquina; por el Oriente, con un cacaotal, y por el Occidente, con el camino vecinal que conduce a Pradera.

"2º El contrato de seguro consignado en la póliza citada vencía el 9 de julio de 1924.

"3º El 20 de junio del año pasado, es decir, durante la vigencia del contrato, ocurrió en el ingenio de don Ezequiel Hoyos un incendio que averió y destruyó varios de los edificios y muchos de los elementos industriales que estaban asegurados en la Compañía demandada.

"4º Por parte del asegurado se hicieron todos los esfuerzos posibles para dominar y extinguir el fuego.

"5º El señor Hoyos procedió a poner en conocimiento de la Compañía aseguradora los daños ocasionados por el siniestro.

"6º El señor Roberto Aguirre Plata, Inspector y Agente de la Compañía Colombiana de Seguros, practicó una visita de inspección en el ingenio del señor Hoyos, en asocio de los señores Ramón A. Calero y Francisco Martínez, y con fecha tres de julio de 1924 formuló una liquidación parcial e incompleta de las pérdidas sufridas por el asegurado con motivo del incendio. Según las cuentas alegres de aquel Agente de la Compañía, ésta sólo debía pagar al señor Hoyos la suma de tres mil setecientos setenta y tres pesos diez y ocho centavos ($ 3,773-18).

"7º El señor Hoyos, con muchísima razón, se abstuvo de aceptar la liquidación del señor Aguirre Plata, porque en ella se omite el avalúo de objetos valiosos del ingenio destruído por el incendio y comprendidos en el seguro; se avalúa con manifiesto error de defecto los daños reales y efectivos, y se hacen todavía deducciones de todo punto inaceptables, como éstas: $ 1,584, por valor de 198 panes de azúcar, cuyo valor ni se ha reclamado, ni existían en el depósito en el momento del siniestro; si al señor Aguirre Plata se le hubiese ocurrido agregar un cero y deducir el valor de 1,980 panes de azúcar, en vez de 198, cifra enteramente caprichosa, habría resultado el señor Hoyos deudor de la Compañía, merced a la habilidad de su agente; $ 424-16, como valor de las columnas y paredes de los edificios incendiados, cuando tales paredes y columnas quedaron desplomadas, muchos de sus materiales deteriorados por la acción del fuego, siendo necesario demolerlas para reconstruir desde los cimientos los edificios destruídos, según concepto de competentes ingenieros graduados; $ 812-48, por vetustez de los edificios, cuando ellos eran de reciente construcción, hechos a todo costo y con materiales de superior calidad: la ley no considera como vetusto un edificio que apenas lleva unos diez años de construído, como puede verse por la regla tercera (3ª) del artículo 2060 del Código Civil.

"8º Sorprendido el señor Hoyos con el avalúo hecho por el Agente de la Compañía, quien se apoyaba en un dictamen pericial dado privadamente por los señores Ramón A. Calero y Francisco Martínez, procedió a interrogar judicialmente y bajo la gravedad del juramento a dichos señores Martínez y Calero, quienes declaran haber dejado de avaluar muchos de los objetos incendiados, a insinuación del señor Aguirre Plata, Inspector y Agente de la Compañía. Entre las cláusulas que la Compañía Colombiana de Seguros tiene impresas al dorso de sus pólizas, se encuentra la XII, la cual dice que en caso de que la reclamación de daños presentada por el asegurado, sea de cualquiera manera fraudulenta, éste quedará privado de todo derecho procedente del seguro; pero la correlativa no aparece por ninguna parte, es decir, no se establece contractualmente (qué se iba a establecer) sanción ninguna para cuando sean los Agentes aleccionados de la Compañía los que traten por medios aparentemente hábiles (no los llamaré fraudulentos) de reducir el valor real de las pérdidas sufridas por el asegurado.

"9º Deseoso el señor Hoyos de acometer sin pérdida de tiempo la reconstrucción de los edificios destruídos, a fin de restablecer la actividad industrial de su ingenio de azúcar y panela, que le deja una ganancia diaria muy apreciable, propuso al representante de la Compañía rebajar el cincuenta por ciento (50 por 100) de las pérdidas, siempre que se procediera inmediatamente a hacer un avalúo escrupuloso, justo y honorable, y se le cubriera el 50 por 100 restante sin más trabas ni discusiones; pero la Compañía fue sorda a todos los reclamos del asegurado; el artículo 641 del Código de Comercio dice que el seguro jamás puede ser para el asegurado la ocasión de una ganancia, puesto que es un contrato de mera indemnización, lo que quiere decir que en ningún caso será causa de ruina para el asegurado, como le está resultando al señor Hoyos la convención celebrada con la Compañía demandada, pues sin el tal seguro habría podido restablecer en tiempo relativamente corto la actividad industrial de su ingenio y habría aprovechado el alto precio de los azúcares.

"10. El representante en Cali de la Compañía aseguradora, según declaración suya, remitió a Bogotá la carta en que el señor Hoyos hacía la propuesta a que se refiere el punto anterior, después de habérsela mostrado al señor Aguirre Plata, y a pesar de ella, el asegurado está esperando hasta hoy que la Compañía cumpla la obligación de pagarle el valor de los daños ocasionados por el incendio.

"11. En vista de la actitud inexplicable de la Compañía, el señor Hoyos solicitó del Juez 1º del Circuito de Palmira la práctica de una inspección ocular del teatro del siniestro, diligencia que se efectuó el 1º de septiembre de 1924, con asistencia de los apoderados de las partes y de los peritos designados por las mismas.

"El señor Hernando Rebolledo, perito nombrado por el mandatario de la Compañía, hace la siguiente relación de los edificios y elementos industriales destruídos por el incendio, relación que reproduzco en su parte pertinente para que no pueda decirse que sobre el particular me atengo únicamente a la fundamentada exposición del señor Roberto Zawadzky, perito nombrado por mi mandante, y persona de la mayor honorabilidad y de alta posición social. Dice así el señor Rebolledo:

'Para mayor claridad en esta exposición, divido los edificios quemados y deteriorados en dos categorías, a saber: A. Bagacero y depósito de azúcar con los objetos que bajo de estas enramadas se encontraban el día del incendio. B. Enramada del trapiche con sus elementos.

'A.—Bagacero y depósito de azúcar.

'Las enramadas destinadas para bagacero y depósito de azúcar se hallaban casi totalmente destruídas por el fuego y sólo se ven en pie trece (13) machones o pilastras de adobe y base de ladrillo y dos bastiones de adobe. Dentro de estas enramadas había en el momento del siniestro, según declaración del señor Hoyos, lo siguiente: 4 postes de tibo; 32 bancos o teleras de medio comino, de 4½ varas de largo, 14 varas de ancho y 2½ de espesor, destinadas para colocación de azúcar; 500 botellas de miel dentro de un depósito cubierto de escombros; 2 rollos de alambre de púas, que cercaban la enramada del azucarero y que hacían parte integrante de esta enramada; una existencia de bagazo; y a la vista, dentro de estas mismas enramadas, un caldero de cobre de 4 metros de largo, 2 metros de ancho y 1.50 metros de fondo, en mal estado; 198 hormas de arcilla para purificar el azúcar, todas ellas, a excepción de 10, rajadas o destrozadas.

'B.—Enramada del trapiche y sus elementos.

'Panelería.

'La pieza destinada para panelería quedó asimismo casi totalmente destruída por el incendio, y en este cuarto, que media 4 metros de frente por 3.42 de fondo, había en el momento del siniestro, según declaración del señor Hoyos, lo siguiente: 5 arrobas de cera de laurel; 4 arrobas de potasa para purificar guarapos; 2½ arrobas de panela de 1½ libras; 4 linternas Dietz; 9 baldes de madera para transportar mieles; 3 andamios para colocar panela; 2 mesas largas de comino; 10 hormas para hacer panelas; una batidora con sus útiles, espátulas, cagüingas y 10 adoberas.

'Callejón.

'Entre la enramada que cubría la panelería y la que cubría el bagacero y depósito de azúcar, había un callejón de 4.80 metros de ancho por 14.76 metros de largo, siendo esta longitud la misma del bagacero y depósito de azúcar. El techo de este callejón quedó también destruído por el fuego, y dentro de él se observa un fondo de hierro de 4 metros de largo por 2 metros de ancho, lo mismo que la caja o armazón de un carro de ruedas de madera y ejes de hierro, marca **Bosbshell**, caja o armazón totalmente inservible.

'Techo del trapiche.

'Una parte se destejó con el objeto de contener el fuego, quedando hacinadas o amontonadas una parte de las tejas.

'Rueda hidráulica.

'Amparada por parte del techo del trapiche se encuentra la rueda hidráulica, en la cual se observan 5 cajones rotos o desgarrados por la fuerza del agua de la acequia, que hubo que soltar toda para apagar el incendio, etc.'

"Más completa y detallada es la exposición del perito señor Zawadzky, quien con mucha razón considera como íntegramente destruído lo que para el perito señor Rebolledo quedó 'casi totalmente destruído,' pues las paredes divisorias y las columnas o pilastras que quedaron en pie, se encontraron por los ingenieros que las examinaron completamente inservibles por estar desplomadas a consecuencia de los estragos que causó el fuego. El mismo señor Zawadzky encontró rotas algunas planchas de la rueda hidráulica y completamente destruídos muchos elementos industriales que hacían parte integrante del trapiche, el cual estaba asegurado con todos los elementos que lo componían.

"12. Los peritos avaluadores que concurrieron a la diligencia de inspección ocular estimaron las pérdidas así: el señor Rebolledo, nombrado por la Compañía, en $ 5,994-51; el señor R. Zawadzky, designado por el señor Hoyos, en $ 14,860-60, y el señor Olimpo Zapata, nombrado como tercero por el Juez, en $ 11,081-05, pero haciendo algunas deducciones inaceptables.

"13. El asegurado, pues, comprobó las pérdidas sufridas por medios ceñidos a la ley.

"14. El incumplimiento de la Compañía ha ocasionado y está ocasionando a mi mandante muy serios perjuicios en sus intereses, que se probarán oportunamente.

"15. El señor Hoyos, por medio de su apoderado en Bogotá, don Jorge Zawadzky, propuso después a la Compañía aseguradora la constitución de un tribunal de arbitramento que dirimiera la controversia suscitada, propuesta que en un principio aceptó la Compañía, pero al fin y a la postre no pudo constituirse el tribunal porque la Compañía quería a todo trance tomar posiciones ventajosas en el arbitramento, porque dizque a las compañías anónimas nadie las considera, actitud que obligó al señor Zawadzky a decirle a su Gerente que 'la Compañía se agazapaba en su anoninato para burlarse de sus clientes y negarles la justicia.'

"16. Los edificios y elementos industriales destruídos por el incendio sólo estaban asegurados en la Compañía demandada.

"17. Los edificios asegurados no sufrieron durante la vigencia del contrato cambios o modificaciones industriales que aumentaran los riesgos, y sus condiciones especiales en el momento del siniestro eran las mismas que se tuvieron presentes al celebrar el contrato.

"18. Mi mandante no debía a la Compañía prima alguna; y

"19. La Compañía no eligió la reconstrucción y reposición de los edificios y elementos destruídos por el incendio."

Admitida la demanda por el Juez 7º del Circuito de Bogotá, el Gerente de la Compañía le dio contestación en el sentido de rechazar la acción deducida, y expuso acerca de los hechos:

"Al primero. Es cierto.

"Al segundo. Es cierto.

"Al tercero. Es cierto que ocurrió el incendio en la fecha mencionada, pero únicamente destruyó parcialmente el grupo B) y ocasionó un pequeño daño en el grupo C), según se comprobará.

"Al cuarto. No me consta.

"Al quinto. El señor don Ezequiel Hoyos avisó a la Compañía Colombiana de Seguros el siniestro ocurrido.

"Al sexto. No es cierto en la forma en que se halla redactado. La liquidación practicada por don Roberto Aguirre Plata (q. e. p. d.), sobre el teatro de los acontecimientos y teniendo en cuenta el dictamen de los señores Ramón A. Calero y Francisco Martínez H., nombrados de común acuerdo entre asegurador y asegurado, es completa y exacta.

"Al séptimo. No es cierto; la liquidación está hecha de acuerdo con la ley, con la póliza y con los principios que gobiernan el contrato de seguro.

"Al octavo. No es cierto. Para la liquidación se tuvo en cuenta los dictámenes de los señores Ramón A. Calero y Francisco Martínez H., nombrados de común acuerdo por asegurador y asegurado. Si los expresados peritos dejaron de avaluar algo, ello tiene por causa que no se hallaba comprendido en el seguro, ni en el memorándum que las partes les pasaron. La Compañía Colombiana de Seguros atiende siempre correctamente todos sus compromisos y, por consiguiente, no vacilo en calificar las insinuaciones que este hecho encierra de atrevidas y desprovistas de fundamento.

"Al noveno. No es cierto en la forma en que se halla redactado. El Banco Hipotecario del Pacífico remitió a la Compañía Colombiana de Seguros copia de la carta de 6 de julio de 1924 en que el señor don Ezequiel Hoyos hace una propuesta de rebaja en determinadas condiciones. La Compañía ni quiere ni acepta rebajas de ninguna naturaleza; cubre aquello a que legalmente esté obligada. Si al señor don Ezequiel Hoyos no se le ha cubierto el valor de lo que le corresponde por el siniestro, es por culpa del asegurado, que se niega a recibir ese valor, y si ha sufrido perjuicios también se debe a culpa suya.

"Al décimo. No es cierto en la forma en que se halla redactado. El Banco Hipotecario del Pacífico remitió a la Compañía Colombiana de Seguros una copia de la carta de que hablo en el numeral anterior. La Compañía Colombiana de Seguros ha estado dispuesta, lo está todavía y seguirá estándolo, a pagar al señor don Ezequiel Hoyos el valor de aquello que de acuerdo con la ley y la póliza le adeuda.

"Al undécimo. No es cierto en la forma en que se halla redactado. La diligencia de inspección ocular se practicó, y con motivo de ella el perito señor Hernando Rebolledo hizo la exposición de que habla este hecho. A pesar de que esa diligencia de inspección ocular es nula por ilegal, pues el señor Juez que la practicó no tenía jurisdicción para ordenarla y llevarla a cabo, a pesar también de que la Compañía Colombiana de Seguros estima que los dictámenes que con ocasión de ella se rindieron adolecen de error esencial e ignorancia, como se establecerá si llega el caso, la Compañía propuso y el asegurado no aceptó que se tomara como término máximo para un arbitramento y como término mínimo para ese mismo efecto, respectivamente, la suma promedio de esos conceptos periciales y la cantidad que la Compañía acepta deber. El dictamen del perito señor Roberto Zawadzky es evidentemente desacertado y lo mismo califico la pretensión de que se condene a la parte demandada a la suma importe de ese dictamen.

"Al duodécimo. Es cierto que los peritos estimaron las pérdidas en las sumas de que habla este hecho, pero ya he expuesto el concepto que me merece la diligencia de inspección ocular y los dictámenes periciales rendidos con ocasión de ella.

"Al décimotercero. No es cierto, en la forma en que se halla redactado. Si se quiere decir que se comprobaron las pérdidas sufridas por medio de los dictámenes de los señores Ramón A. Calero y Francisco Martínez H., lo acepto; si, por el contrario, se pretende que se comprobaron esas pérdidas con los dictámenes rendidos con ocasión de la diligencia de inspección ocular practicada judicialmente o con el dctamen del señor don Roberto Zawadzky, lo niego.

"Al décimocuarto. No es cierto.

"Al décimoquinto. No es cierto en la forma en que se halla redactado. Después de varias conferencias se convino a constituir un Tribunal de arbitramento, y el cual no pudo legalizarse por razones distintas de las que apunta inexactamente este hecho, razones que saltan a la vista con la sola lectura de las copias de las cartas que acompaño a esta contestación.

"Al décimosexto. Es cierto, según declaración del asegurado y porque la Compañía no tiene hasta ahora prueba en contrario.

"Al décimoséptimo. No me consta.

"Al décimoctavo. Es cierto.

"Al décimonoveno. No es cierto."

Hé aquí la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, proferida el diez y siete de diciembre de mil novecientos ventiséis:

"Primero. Condénase a la Compañía Colombiana de Seguros, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, a pagar al señor Ezequiel Hoyos, dentro de seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de nueve mil doscientos cincuenta y dos pesos con cuarenta centavos ($ 9,252-40), como indemnización por las pérdidas sufridas como consecuencia del incendio que destruyó varios de los edificios y elementos industriales que el señor Hoyos tenía asegurados en la citada Compañía.

"Segundo. Absuélvese a la Compañía de todos los demás cargos de la demanda.

"Tercero. No se hace condenación en costas."

Apelaron ambas partes, y el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de siete de julio de mil novecientos veintiocho, confirmó la del Juez, con la reforma de rebajar la indemnización a la suma de siete mil quinientos treinta y tres pesos con sesenta y tres centavos.

Interpuso recurso de casación el demandante.

Lo interpuso igualmente la parte demandada; mas su apoderado desistió de él ante la Corte.

Se admite el recurso del demandante por hallarse en las condiciones legales y se procede a su decisión.

El recurrente invoca la primera causal de casación y la funda en varios motivos de derecho y hecho.

Según el primer motivo de derecho, el Tribunal violó los artículos 641 y 656 del Código de Comercio Terrestre, por errónea interpretación "al deducir de las disposiciones contenidas en ellos el principio de que las partes no pueden estipular libremente, tratándose del contrato de seguro, porque lo que el legislador ha establecido en esos textos legales es algo muy distinto de lo que entendió el Tribunal, a lo cual se agrega que el avalúo dado en la póliza número 2921 a los bienes asegurados, era el estrictamente equitativo."

El recurrente explica la acusación manifestando que el citado artículo 641 en manera alguna limita el principio fundamental de la libertad de estipular: la primera parte quiere decir que el asegurador está en la obligación de indemnizar plenamente las pérdidas sufridas por el asegurado, y para esta se avalúan los objetos asegurados en el momento de celebrar la convención, y la segunda, consecuencia lógica de la primera, se justifica por razones de orden público, pues si al asegurado le fuese dable derivar provecho del siniestro, sería tanto como inspirarle la criminal idea de provocarlo.

"El 656—prosigue—es un desarrollo del 641, y se refiere al caso de que el avalúo dado en el contrato sea superior al verdadero valor de los objetos asegurados, caso en el cual el asegurador tiene derecho de pedir la reducción del avalúo, pero con la obligación correlativa de probar que ha sido exagerado. Por consiguiente, tales disposiciones lejos de limitar el principio cardinal en materia de contratación sobre libertad de estipular, lo confirman, puesto que si el asegurador no prueba el exceso del justiprecio, queda en la obligación ineludible de pagar la cantidad asegurada, por mandato imperativo de los artículos 711 del Código de Comercio Terrestre, y 13, inciso 1º, de la Ley 27 de 1888...."

Por lo demás—concluye el recurrente,—como la compañía demandada no intentó ni siquiera probar que los avalúos de la póliza eran excesivos, era el caso de atenerse a esos avalúos, ya que el sentenciador reconoce que fueron destruídos totalmente los grupos B) y C), apreciados en $ 8,000 y $ 6,000, respectivamente.

Observa la Corte que el Tribunal, después de reconocer como regla general que las personas gozan de la mayor libertad posible en la celebración de toda relación contractual, expuso que hay casos, como en determinados contratos de seguros, en donde la regla no se aplica de manera absoluta sino con ciertas restricciones, emanadas de la naturaleza misma del pacto en cuestión.

"En tales contratos—dice—y por motivos de orden público, las partes están inhibidas para dar a las cosas aseguradas un avalúo caprichoso y superior a su justo valor, porque se desnaturalizaría el contrato, dejaría de ser de mera indemnización para convertirse en lucrativo, y esto, como se comprende sin dificultad, incitaría a no pocos asegurados a provocar aun con procedimientos ominosos, la ocurrencia de los siniestros previstos. Este es el principio que consagran los artículos 641 y 656 del Código de Comercio....."

Hay ambigüedad en la forma de las expresiones de que se sirve el Tribunal; pero no existe en el fondo la violación que se acusa. El sentenciador no ha dicho que se puede desconocer arbitrariamente el valor fijado por las partes, y su pensamiento queda explicado en otro párrafo de la sentencia, contiguo al que acaba de transcribirse aquí y que es de este tenor:

"Si pues el contrato de seguro es de mera indemnización y eficaz solamente hasta concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado, forzosamente hay que deducir que cuando el avalúo o estimación del valor de las cosas aseguradas ha sido excesivo, el asegurador tiene el derecho del caso para obtener su reducción."

En seguida, con el fin de apoyar esta conclusión, copia el artículo 13 de la Ley 27 de 1888. Como se ve, según el Tribunal, es necesario para que deje de regir el avalúo estipulado por los contratantes, que el asegurador ejercite el derecho de pedir su rebaja, dando la prueba de la exageración. Con esto no se niega la libertad de estipular, sino que se expone la doctrina legal referente a la modificación que sobreviene en el evento de una reclamación fundada del asegurador.

El segundo motivo de derecho versa sobre el quebrantamiento del inciso 2º del citado artículo 13 de la Ley 27 de 1888, por errónea interpretación, porque si es verdad que allí se dice que el asegurador conserva en todo tiempo el derecho de pedir una reducción del avalúo, si prueba que éste ha sido exagerado, semejante derecho no puede ejercitarse indefinidamente, "pues la frase en **todo tiempo**, a pesar de su amplitud aparente, tiene una relatividad que no es posible negar, toda vez que ella se refiere a la vigencia del contrato, de modo que el asegurador puede pedir la reducción del avalúo consignado en la póliza desde la perfección del contrato hasta la expiración del mismo, reducción que naturalmente lleva implícita la de la prima correspondiente al primer avalúo, ya que las dos cosas son correlativas. Y esto lleva a la conclusión..... de que el reavalúo tiene que verificarse durante la existencia de la cosa asegurada, por ser imposible justipreciar un objeto después de su extinción sin haberlo conocido antes."

El Tribunal dijo que el asegurador está autorizado para pedir la reducción del avalúo en todo tiempo, y que por lo mismo ese derecho existe aun después de acaecido el

siniestro y mientras no se haya cubierto la indemnización. La Corte no advierte error palpable en tal interpretación, porque el derecho del asegurador permanece durante el curso del seguro, y cuando ocurre un siniestro, el contrato no termina en sus efectos sino con el completo pago de la indemnización. El reparo que apunta el recurrente acerca de la dificultad que habría para reavaluar una cosa que ha dejado de existir, es propiamente de hecho y no de derecho, y por cierto que la dificultad no raya en lo imposible, como lo sugiere aquél, pues a quienes conocieron esa cosa les sería dable retasarla.

Empero, aun concediendo que el sentenciador hubiese errado en la inteligencia que le dio al inciso 2º del artículo 13 de la Ley 27 de 1888, el error no sería suficiente para infirmar la sentencia, en virtud de lo que se expondrá al estudiar el primero de los motivos de hecho de la demanda de casación.

De conformidad con el tercer motivo de derecho, el Tribunal incurrió en error de tal clase al apreciar la prueba pericial de la segunda instancia, tanto por haberle dado a esa prueba un valor distinto del que la ley le asigna en presencia del contrato consagrado en la póliza y de los artículos 708 y 711 del Código de Comercio, y 13, inciso 1º, de la mencionada Ley 27, como porque si las conclusiones de los peritos tenían fundamento de solidez indiscutible, no había razón para fijar la indemnización reconocida en la sentencia, tomando en partes y no en conjunto los dictámenes, sino que era el caso, desde el punto de vista del sentenciador, de aplicar la última parte del artículo 653 del Código Judicial, que establece el medio aritmético para dirimir la discordia total en cuanto a la cantidad. "Y como consecuencia de ese error, el Tribunal violó, por no haberlos aplicado, los artículos 711 y 708 del Código de Comercio Terrestre y 13, inciso 1º, de la Ley 27 de 1888, o por lo menos el 653 del Código Judicial, cuya última parte contiene una disposición sustantiva."

Anota la Corte que la primera parte de la objeción encierra el concepto de que el Juez no se puede separar del avalúo determinado en la póliza, concepto inadmisible por lo absoluto, pues ya se manifestó al tratar del primer motivo que la ley deja a salvo el derecho del asegurador a pedir la reducción del avalúo exagerado, lo cual significa que sí hay veces en que se prescinde de la cantidad fijada en la póliza. Estatuye el artículo 711 del Código de Comercio que si la póliza no contiene la valuación de la cosa ni la designación expresa o tácita de la cantidad asegurada, se entiende que el asegurador se ha obligado a indemnizar la pérdida o deterioro hasta concurrencia del valor de la cosa al tiempo del incendio; más de aquí no se deduce que cuando aquella valuación aparezca en la póliza haya de regir siempre, o sea con menoscabo del derecho del asegurador a obtener rebaja cuando ha habido exageración. Es preciso armonizar este artículo con el 13 de la Ley 27 de 1888.

Para establecer la cuantía de la indemnización, el Tribunal acogió el dictamen pericial de la segunda instancia en cuanto al monto de los daños causados a los edificios, punto en el cual resultaron acordes los peritos, rectificado un pequeño error aritmético; y en lo tocante al valor de los demás objetos, elementos y utensilios del ingenio, adoptó el medio aritmético, con omisión del valor del bagazo, omisión que es objeto de acusación separada.

No se ha violado el artículo 653 del Código Judicial, aunque se hubiera prescindido del medio aritmético, porque el Juez puede fijar por sí mismo el precio de las cosas, con arreglo al artículo 79 de la Ley 105 de 1890, de aplicación preferente sobre el particular, como lo ha declarado repetidas veces esta corporación. Véase, verbigracia, el número 334 del tomo 3º de la **Jurisprudencia**:

"Cuando hay divergencia en la estimación pericial respecto de avalúos, el Juez no está obligado a dirimir la divergencia adoptando el promedio aritmético. Este procedimiento, puramente mecánico, se halla sujeto a la regla, más jurídica, de dejar al Juez facultad para apreciarla y fijar el monto, teniendo en consideración las razones o fundamentos en que cada perito apoya su dictamen."

En el cuarto motivo de derecho se tilda al sentenciador de haber incurrido en error de derecho al apreciar la prueba del contrato de seguro, o sea la póliza número 2291, sosteniendo que "por cuanto no se menciona en ella el combustible, constituído por el bagazo, éste no quedó comprendido en el seguro, cuando, sí lo estaba desde el momento en que la intención de las partes fue la de amparar con el respectivo contrato todos los elementos que integraban el ingenio de azúcar y panela de la hacienda de **Párraga**, y el bagazo es un factor primordial en establecimiento de esta laya." Por consiguiente, no era jurídicamente necesario mencionarlo expresamente, por lo cual es impertinente la aplicación del aforismo **inclusio unius exclusio alterius**. Y como consecuencia de este error, el Tribunal violó el artículo 708 del Código de Comercio Terrestre."

En la póliza se describe y asegura así el edificio en donde se hallaban el azúcar y el bagazo:

"Una enramada destinada para bagacera y depósito de azúcar, quedando incluídas las existencias de azúcar que se encuentran en ella, en. . . . . $ 8,000 . ."

El Tribunal estimó que el bagazo no quedó comprendido en el contrato, porque "desde que en la póliza se hace alusión a las existencias de azúcar y se guarda silencio acerca del combustible que también debía encontrarse en el mismo edificio, es porque la intención de las partes fue únicamente la de amparar con el seguro el primero de tales artículos, según el conocido aforismo de derecho que invoca el demandado: **inclusio unius exclusio alterius.**"

La Corte estima improcedente el cargo, en la forma en que se aduce, porque el error, si lo hubiere, sería de hecho y no de derecho. En efecto, es una cuestión de hecho el interpretar la voluntad de las partes al celebrar un contrato, y en el caso de esta litis, es de hecho el punto relativo al alcance que tuviera en la mente de los otorgantes la transcrita cláusula de la póliza acerca de la enramada destinada para bagacera y depósito de azúcar. Además, aunque se hubiera acusado por error de hecho, sería preciso demostrar que la interpretación del Tribunal es absolutamente contraria a la evidencia, lo cual ciertamente no se ha logrado. Como consecuencia de lo dicho, tampoco aparece violado el artículo 708 del Código de Comercio Terrestre, supuesto que los contratantes del seguro pueden apartarse en sus estipulaciones de lo dispuesto en dicho Código (menos, claro está, en puntos de orden público).

El quinto motivo de derecho se refiere a los perjuicios causados por el incumplimiento de la Compañía demandada, una vez que "el Tribunal, al absolverla del pago de ellos, fundado en que ni el contrato ni la ley general le imponen obligaciones distintas de las de pagar las pérdidas directas del siniestro, violó por errónea interpretación los artículos 634, 641 del Código de Comercio Terrestre, y los artículos 1613, 1614, 1615, 1616, 1617, 2341 y 2347 del Código Civil, porque el postulado de la demanda que se relaciona con este punto, se funda en el incumplimiento de la Compañía y en los hechos culposos ejecutados por el Inspector General de la misma, señor Aguirre Plata, los cuales caen bajo el dominio del Código Civil....."

Observa la Corte que, en abstracto, el cargo equivale a sostener que, según el Tribunal, la Compañía no tenía más obligación legal o contractual que la de pagar las pérdidas directas del siniestro; pero adviértase que el sentenciador no desconoce que en los casos de mora y de culpa de tal compañía, pesaría sobre ella el deber de resarcir los perjuicios consiguientes; sólo que, examinando las pruebas del proceso, no halló ni la mora ni la culpa. De suerte que la acusación no está justificada en el campo de la teoría, y como cuestión de hecho será estudiada oportunamente.

Viniendo ya a los motivos de hecho, ha de saberse que el primero consiste en atribuírle al Tribunal un error evidente "al fundar su fallo en la creencia equivocada de que la compañía demandada había ejercitado el derecho que le confiere el inciso 2º del artículo 13 de la Ley 27 de 1888, porque en el expediente no aparece por parte alguna la prueba de que hubiera pedido la reducción del avalúo consignado en la póliza número 2921, ni mucho menos que hubiera probado que tal avalúo era excesivo. Y como consecuencia de este error violó por errónea interpretación la referida disposición."

Estima la Corte que el Tribunal consideró el hecho de haberse opuesto la compañía a las peticiones de la demanda, manifestando al propio tiempo estar dispuesta a pagar la cantidad que equitativamente le adeudara al señor Hoyos, como una reclamación virtual contra el avalúo de la póliza. Empero, hay que tener presente la cláusula o condición XXI de ésta, que dice:

"Los edificios, comprendidos los sótanos y cimientos y hecha abstracción del valor del suelo, se estimarán por su valor real como precio de construcción normal el día del siniestro, con deducción de su vetustez. No obstante, si se trata de reparaciones menudas, no se tendrá en cuenta la vetustez."

'Con arreglo a esta cláusula, que es ley del contrato, había que avaluar los edificios quemados del ingenio del demandante Hoyos para conocer su precio el día del incendio. Luego esta estipulación del contrato hacía inútil para la Compañía el pedir anticipada y especialmente la reducción del avalúo fijado en la póliza. De aquí que no sea necesario indagar si el sentenciador incidió en el error de hecho que se le imputa, porque en el supuesto afirmativo, no sería dable casar la sentencia, apoyada en una estipulación expresa de las partes.

El segundo motivo de hecho le achaca error evidente al Tribunal por haber absuelto a la Colombiana de Seguros del pago de los perjuicios "por la creencia equivocada de que no existe prueba alguna de que la Compañía le hubiera impedido al señor Hoyos la inmediata reconstrucción de los edificios incendiados, porque en el expediente sí existe la prueba que echa de menos el sentenciador... ." Dicha prueba, según el recurrente, la suministran los testimonios de Juan de Dios Restrepo Plata y Jorge Mejía, rendidos en el plenario de la segunda instancia, y sin embargo no tenidos en cuenta por el Tribunal, quien violó, por no haberlos aplicado, los artículos 2341 y 2347 del Código Civil.

El Tribunal dijo que no existe prueba de que la paralización de los trabajos del ingenio obedeciera a culpa de la entidad demandada; y aunque no se detuvo a hacer un análisis detallado de las declaraciones de los señores Restrepo Plata y Mejía, es presumible que no las halló satisfactorias cuando emitió aquella aseveración.

Y en verdad que, examinados atentamente los testimonios de que se trata, no constituyen la prueba que pretende el autor del recurso. Restrepo manifestó poder declarar que por disposición de Aguirre Plata le fue impedida al señor Hoyos la reconstrucción de los edificios destruídos y averiados por el incendio del ingenio, y que por tal prohibición los trabajos industriales estuvieron paralizados por un lapso mayor de un año. Repreguntado el deponente, contestó que por el transcurso del tiempo no le era dable afirmar el día, la hora y las demás circunstancias del hecho, que no podía citar documentos, cartas o papeles de cualquiera clase que mediaran en el asunto y que se reafirmaba en el hecho evidente y de público conocimiento de que a Hoyos se le impidió la reconstrucción. Se desprende de esta declaración que la prohibición atribuída a Aguirre Plata no fue comunicada por escrito, sino de viva voz, y siendo así, el testigo ha debido referir el contexto de las palabras del agente de la Compañía, con arreglo al artículo 609 del Código Judicial.

Mejía expuso haberle oído decir a Roberto Aguirre Plata que la Compañía Colombiana de Seguros, por medio de éste, le impidió al señor Hoyos la inmediata reconstrucción de los edificios destruídos y averiados. Repreguntado, añadió que también sabía que Hoyos solicitó permiso de Aguirre Plata para la reconstrucción, y que en presencia suya el mencionado señor Aguirre contestó negando el permiso, que no recordaba el día, aunque sí la hora, en que esto acaeció, y que tampoco recordaba ningún documento en que la Compañía hubiera dispuesto la prohibición. Es aplicable a esta declaración lo observado acerca de la anterior: el deponente ha debido expresar las palabras que le oyera a Aguirre Plata, y así no lo hizo.

No hay en las dos declaraciones uniformidad de palabras y de circunstancias, como lo exige la ley. Especialmente en cuanto al tiempo, era preciso saber si la alegada veda se dio en los días inmediatamente siguientes al incendio o después de pasado un tiempo más o menos largo, porque si fue lo primero, como lo da así a entender Mejía, la orden podría hallar explicación en la necesidad de examinar los rastros y deterioros del incendio con el fin de determinar el avalúo. En todo caso, estas deficientes declaraciones no prueban plenamente la prohibición que se dice intimada por el agente de la Compañía y cuya responsabilidad se quiere cargar sobre ella. De aquí que sea improcedente la acusación de error de hecho evidente que se está estudiando y de violación de los artículos 2341 y 2347 del Código Civil.

Finalmente, en el tercer motivo de hecho se le imputa al sentenciador un error evidente al absolver a la Compañía del pago de los perjuicios, fundándose en que ésta no se hallaba en mora de cumplir sus obligaciones con el señor Hoyos, porque de las pruebas del proceso resulta lo contrario. Tal error—se agrega—fue causa de que el Tribunal quebrantara por omisión los artículos 1613 a 1617, y 2341 y 2347 del Código Civil.

Para acreditar la mora de la Compañía, el autor del recurso indica lo siguiente:

a) Que como está demostrado con una diligencia de inspección ocular, con el documento que corre al folio 53 del cuaderno principal y con el reconocimiento de la Compañía, que fueron destruídos totalmente los grupos B) y C), avaluados en $ 8,000 el primero y en $ 6,000 el segundo, la obligación de la parte demandada era la de pagar el monto de esos avalúos noventa días después del siniestro.

Empero, hay que notar que esta alegación no es más que la repetición de puntos ya tratados en el cuerpo de la presente sentencia, como en el segundo motivo de derecho y el primero de hecho. Si había que estimar los edificios destruídos total o parcialmente, según la transcrita cláusula XXI de la póliza, no estaba la Compañía en mora antes de verificarse tal estimación; y como no pudieron llegar las partes a un acuerdo amistoso y hubieron de acudir al Poder Judicial para ventilar sus diferencias, no hay en realidad una suma líquida por indemnización a cargo de la Compañía mientras no haya sentencia ejecutoriada que la declare.

b) Que está igualmente probado que Aguirre Plata, representante de la Compañía, inició su actuación con procedimientos dolosos, como la forma sorpresiva que empleó para hacerle firmar a Hoyos la carta en que se nombró avaluadores a los señores Ramón A. Calero y Francisco Martínez, la presión que luégo hizo sobre éstos para que dejaran de avaluar elementos valiosos del ingenio, y, por último, el redactar él mismo el dictamen suscrito por los nombrados señores. En apoyo de esta acusación se citan las declaraciones de varias personas.

Piensa la Corte que, si estuviera comprobado el dolo, él daría margen a otra clase de responsabilidad. Entre tanto, la intervención del agente de la Compañía a raíz del incendio, deja comprender que ésta estuvo dispuesta a cumplir su obligación de pagar la indemnización; y la mora en el pago sólo llega a producirse, cual ya se ha insinuado, cuando existe en firme una suma líquida. Por tanto, tampoco prospera la acusación contenida en este motivo.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso de casación.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

El señor Esteban Vargas, en su propio nombre y como representante de su esposa señora Otilia de Vargas, demandó ante el Juez del Circuito de Lorica al señor Vicente Arteaga Negrete para que fuese condenado por sentencia definitiva a restituírle el predio rural denominado El Desengaño, cuya ubicación y linderos determinó en la demanda, a pagarle el valor de los frutos naturales y civiles de ese fundo, a justa tasación de peritos y las costas del juicio.

Invocó en apoyo de su petición los artículos 946, 950, 952, 961, 962, 964 del Código Civil y los hechos siguientes:

"I. Mi señora Otilia de Vargas y yo somos dueños del predio rural en referencia.

"II. El señor Vicente Arteaga Negrete se dice poseedor y lo ocupa materialmente; y

"III. El mismo señor Arteaga Negrete recoge los frutos y dispone de ellos."

Contestó la demanda el apoderado de Arteaga Negrete negando el primer hecho, esto es, el carácter de dueño que alega el actor, aceptando los demás y rechazando por tanto la acción reivindicatoria.

El Juez falló así la controversia:

"En consecuencia, el Juzgado único de este Circuito, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, condena al señor Vicente Arteaga Negrete:

"Primero. A restituir al señor Esteban de Vargas A., en el término de tres días, el predio rural denominado Desengaño, por los linderos determinados en el cuerpo de esta sentencia.

"Segundo. A abonar al mismo señor Vargas los frutos naturales y civiles que estimarán peritos, desde la fecha de la contestación de la demanda, considerado como poseedor de buena fe.

"Tercero. A pagar las costas de este juicio."

El Tribunal Superior de Cartagena revocó la sentencia anterior, y en su lugar absolvió al reo de los cargos de la demanda.

Este último fallo está al estudio de la Corte por recurso de casación interpuesto por la parte actora, y como es admisible por reunir las condiciones de la ley, se procede a resolverlo:

Para la debida inteligencia del pleito es necesario precisar los hechos que le han dado origen.

Por escritura pública número noventa y nueve, otorgada en Lorica el seis de mayo de mil novecientos veintidós, el señor Saturnino Delgado vendió al señor Esteban de Vargas una posesión o finca de yerba, ubicada en el punto nombrado El Campano, por los siguientes linderos:

"Por el Norte, finca nombrada Santo Tomás, de propiedad del comprador; por el Sur, finca de José Dolores Arteaga; por el Este, con el resto de la finca total, de propiedad del vendedor; y por el Oeste, con fincas de Vicente Arteaga Negrete y Pedro Arteaga Cogollo, la cual forma parte de la finca primitiva del vendedor, nombrada Juan Pata, encerrada en estos linderos:

"Por el Norte, finca nombrada **Santo Tomás**, de propiedad de Esteban de Vargas A. y la de José María Espitia; por el Sur, fincas de José Dolores Arteaga y Carlos Espitia; por el Este, finca de Vicente Arteaga Negrete; y por el Oeste, finca de Vicente Arteaga Negrete y Pedro Arteaga Cogollo."

Dos meses y días después, el mismo Saturnino Delgado vendió por escritura pública otorgada también en Lorica, el veintiocho de julio de mil novecientos veintidós, a Vicente Arteaga Negrete, el potrero o finca de yerba para pastos de ganado, con casa de habitación, corrales, etc., denominada **El Desengaño,** sita en el lugar llamado **Juan Pata,** y deslindada así:

"Por el Norte, con finca de los sucesores de José María Espitia A.; por el Sur, con finca de José Dolores Arteaga y la de Carlos Espitia; por el Este, con finca del comprador; y por el Oeste, con finca de Esteban de Vargas."

El diez y seis de marzo de mil novecientos veinticuatro otorgaron los señores Saturnino Delgado y Esteban de Vargas, ante el Notario principal del Bajo Sinú, la escritura número 56, en la cual Delgado hizo la siguiente declaración:

"Que por escritura pública número noventa y nueve, de seis de mayo del año de mil novecientos veintidós, otorgada en esta misma Notaría, vendí al señor Esteban de Vargas A. una finca de mi propiedad ubicada en los terrenos del Campano, que forma parte integrante de mi finca, conocida con el nombre de **Juan Pata,** según más pormenores que constan en la precitada escritura. Que en ese instrumento olvidó decir que el bien vendido hace parte de los que adquirió durante su vida matrimonial con la finada señora Espíritusanto Espitia, por lo cual viene por este instrumento a hacer esta aclaración para que se entienda que lo que vendió por la dicha escritura es la parte total de los gananciales que le corresponden en la sucesión de su expresada esposa, en su condición de cónyuge sobreviviente. Manifestación que hace por medio de esta escritura para que sirva de complemento a la mencionada al principio, contentiva del supracitado contrato de compraventa."

Posteriormente, en el mismo año de 1924 se llevó a cabo la partición de bienes de la sucesión de la señora Espíritusanto Espitia de Delgado, mujer de Saturnino Delgado, autor de las ventas que se dejan relacionadas, y en esa partición se reconocieron al señor Esteban de Vargas por sus derechos en calidad de cesionario del cónyuge sobreviviente Saturnino Delgado, de la herencia del asignatario José Miguel Delgado y por concepto de gastos en el juicio, dos mil ciento tres pesos, treinta y tres centavos, de los cuales le fueron pagados dos mil con la adjudicación que se le hizo en las cuatro sextas partes de una finca de yerba nombrada **Juan Pata,** en terrenos de Mompós, deslindada así:

"Por el frente, finca que fue de Manuel del Cristo Ibarra, hoy de Vicente Arteaga Negrete; por la derecha, finca de los herederos del finado José María Espitia, la que fue de los señores Diego Martínez & C°, hoy de Esteban de Vargas A., y la que fue de Juan Negrete D., hoy de Vicente Arteaga Negrete; por la izquierda, fincas de Pedro Arteaga Cogollo, José Dolores Arteaga y Carlos Espitia, y por el fondo, finca que fue de Juan Negrete, hoy de Vicente Arteaga Negrete."

A la señora Otilia Delgado de Vargas se adjudicó una sexta parte del expresado terreno de **Juan Pata** y la restante a los menores Saturnino, Félix Alejandro y Ana Sofía Delgado. El señor Esteban de Vargas obtuvo esa sexta parte por remate que de ella se hizo en licitación pública.

Dueño de las cinco sextas partes del potrero de **Juan Pata** y en representación de su esposa Otilia de Vargas, a quien corresponde la otra sexta, el señor Esteban de Vargas ha establecido juicio reivindicatorio contra el señor Vicente Arteaga Negrete para que éste le entregue la finca de El Desengaño, que Arteaga Negrete le compró a Saturnino Delgado y que es parte integrante del potrero de **Juan Pata.**

El Tribunal niega la reivindicación solicitada por las siguientes razones:

1ª Porque en su sentir, la escritura de fecha diez y seis de marzo de mil novecientos veinticuatro, en que Delgado aparece aclarando el sentido del contrato celebrado por medio de la escritura pública de mayo de mil novecientos veintidós, no tiene o surte efectos contra el contrato que el mismo Delgado celebró con Arteaga Negrete en julio de este último año, puesto que para terceros, la fecha de los contratos es la del registro. Y como Delgado afirma y Vargas acepta, dice el Tribunal, que lo vendido por aquél a éste no fue sino "la parte total de los gananciales" que le corresponden en la sucesión de su finada esposa, lógico y jurídico resulta afirmar que a la venta o cesión de tales derechos, hecha en mil novecientos veinticuatro, aceptando que realmente se hayan transmitido tales derechos, hay que darle valor a partir de la fecha del registro legal de dicha escritura y no con efecto retroactivo, a partir de la fecha de la primera escritura de mayo de mil novecientos veintidós, que aquélla trata de complementar. Y si esto es así, como no puede menos de serlo, por ser este aserto principio elemental de derecho sustantivo, claro es que la referida venta o cesión de los gananciales hecha por Delgado a Vargas, en nada puede afectar la venta de bienes hecha por el cónyuge cedente antes de la cesión.

Por otra parte, sigue diciendo el Tribunal, no debe perderse de vista que a Vargas se le adjudicaron como cesionario de Delgado, tres sextas partes del potrero o finca total llamada **Juan Pata,** y las otras sextas partes a los herederos, de modo que no hubo en la partición adjudicación de bienes singulares, particularizados en la forma en que aparecían poseídos por Vargas y Arteaga, sino adjudicación de cuotas sobre toda la finca, lo cual destruye el fundamento del dicho del actor de que los derechos que adquirió de Delgado se radicaron en la finca poseída por él, denominada **El Campano,** y que lo que adquirió de los herederos y lo de su esposa se radicara en la finca que posee Arteaga Negrete y por eso la reivindica.

2ª Porque aun suponiendo que el razonamiento anterior no fuera concluyente, en sentir del Tribunal, Vargas no adquirió el derecho a los gananciales de Delgado en la sociedad conyugal Delgado-Espitia, porque la escritura pública número 56, de fecha 16 de marzo de 1924, en que aparece hecha la cesión, fue registrada en el libro 1º de la Oficina de Registro de Lorica, siendo así que tal registro para que tenga valor y surta sus efectos, debió hacerse en el libro 2º de la citada Oficina.

3ª Porque aun concediendo hipotéticamente que la cesión o venta de los gananciales de la sociedad conyugal tuviera efecto retroactivo, y que el título de cesión hu-

biera sido debidamente registrado, resulta que la sociedad conyugal Delgado-Espitia no era dueña de la finca **El Desengaño**, vendida por Delgado al señor Arteaga Negrete, porque contra la presunción legal de que pertenecen a la sociedad conyugal los bienes que se encuentren en poder de cualquiera de los cónyuges al disolverse la sociedad, la parte interesada ha demostrado que la finca de **El Desengaño** no fue cultivada y fomentada por Delgado, sino en el año de 1917, esto es, un año después de disuelta la sociedad conyugal, y como aquí no se trata de terrenos, sino de sementeras, pastos y construcciones, el modo de comprobar la propiedad de esas mejoras es la prueba testimonial, y el Tribunal halla que la aducida por la parte demandada prima sobre la que presentó el actor, porque las declaraciones en favor de la primera son más precisas en sus afirmaciones y en mayor número que las otras, únicas consideraciones que hay que tener en cuenta, ya que los declarantes de una y de otra parte son todos de unas mismas condiciones sobre honorabilidad, ilustración, etc.

El personero del recurrente ante el Tribunal hace a la sentencia los siguientes cargos:

1º Dice que el Tribunal al limitar el alcance de la escritura número 56 de 16 de marzo de 1924, en que Delgado aclara que lo vendido por él a Esteban de Vargas es su mitad de gananciales en la sociedad conyugal Delgado-Espitia, de modo que esa declaración no afecta a Arteaga Negrete, comprador del cuerpo cierto denominado **El Desengaño**, violó los artículos 1868 y 2324 del Código Civil, que señalan los derechos que el comunero tiene en la comunidad.

2º Violación del artículo 765 del Código Civil al negar a las hijuelas en favor de Vargas y su esposa, capacidad como títulos de dominio para reivindicar; del artículo 1388 del mismo Código, al deducir que los actos de partición son ineficaces contra Arteaga pudiendo continuar en el dominio exclusivo de un bien inventariado, sin necesidad de ejercitar el derecho que le otorgaba ese artículo; del 1401, porque retrotrayéndose el dominio de los bienes partidos al momento en que se disolvió la sociedad conyugal y aceptar que la venta de Delgado a Arteaga es legal e irrevocable, es desconocer la retroactividad y recortar ese título en el tiempo, haciéndolo así atributivo y no declarativo; y el artículo 1325 en cuanto la sentencia reconoce a Arteaga un dominio en la finca de **El Desengaño**, que está fuera de la acción de los copartícipes, para reivindicarlo como bien que pertenecía a la sociedad conyugal Delgado-Espitia.

En el mismo orden de ideas, el apoderado del recurrente ante la Corte acusa la sentencia por la primera causal y alega que el Tribunal violó los artículos 1795, 1781, ordinal 5º; 1759, 1765, 1602, 780, 1398, 1832, 1401, 779, 1871 del Código Civil, por sí y en relación con los artículos 673 y 765 del mismo Código.

La sentencia recurrida, dice, descansa, según se deduce de su simple lectura, en el desconocimiento de que el derecho de dominio de la finca denominada **Juan Pata** pertenecía a la sociedad conyugal que existió entre Saturnino Delgado y Espíritusanto Espitia de Delgado. Ese documento, dice, contraría las pruebas del proceso y quebranta el artículo 1795 del Código Civil, que establece la presunción de pertenecer a la sociedad conyugal los bienes que se encuentran en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de su disolución, y asimismo viola el artículo 1781 del mismo Código, según el cual pertenecen a la sociedad conyugal los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera a título oneroso durante el matrimonio, pues aparte de la presunción establecida en el artículo 1795 del Código Civil, existe un número considerable de declaraciones de testigos que aseguran haber presenciado que el predio de **Juan Pata** fue ocupado, fundado y cultivado por Saturnino Delgado durante su matrimonio con Espíritusanto Espitia hacía más de treinta años.

Conceptúa también que el Tribunal violó los artículos 1759, 1765 y 1602 del Código Civil, por cuanto desconoció el alcance legal y la fuerza probatoria de las declaraciones hechas por las partes o hechas por una con aprobación de la otra, en las escrituras o instrumentos públicos números 99, de 6 de mayo de 1922; 54, de 6 de marzo de 1924; 192, de 28 de julio de 1922, otorgadas todas ante el Notario de Lorica, disposiciones aquéllas de las cuales la primera establece que las declaraciones hechas por las partes hacen plena fe contra ellas; la segunda, que el instrumento público hace plena fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato, y la última, que todo acto o contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no pueden ser invalidados sino con su consentimiento mutuo o por causas legales. Y en todas las escrituras citadas declaró sustancialmente el señor Saturnino Delgado que había adquirido todo el predio de **Juan Pata** y por consiguiente los dos lotes vendidos separadamente a Esteban de Vargas y a Vicente Arteaga Negrete, por ocupación, fomentación y cultivo, desde hacía largos años, más de treinta, y que lo estaba poseyendo como dueño, particularmente en el acto de las enajenaciones a que se refieren varias de esas escrituras.

La Corte considera que, como se ha visto, el Tribunal razonó en la primera parte de su sentencia sobre la base de que la finca de **Juan Pata** pertenecía a la sociedad conyugal Delgado-Espitia, y con respecto a ese fundamento negó el derecho de dominio invocado por el demandante para reivindicar de Arteaga Negrete la finca de El Desengaño, que es una porción de **Juan Pata**, haciendo hincapié en que habiendo obtenido el señor Esteban de Vargas la adjudicación de partes indeterminadas en el globo de tierras de **Juan Pata**, no puede **motu proprio**, afirmar que esas partes se radicaron en la porción de **Juan Pata**, que él había comprado a Saturnino Delgado, y que lo adjudicado a los herederos correspondió a la otra porción alinderada de **Juan Pata**, denominada **El Desengaño**, vendida por Delgado a Arteaga Negrete. Y en esto tiene razón sobrada el Tribunal, porque si a Esteban de Vargas, como cesionario de los gananciales de Saturnino Delgado, se le hubiera adjudicado por ese concepto la porción determinada de **Juan Pata**, denominada **El Campano**, que él le compró a Saturnino Delgado, era claro que la otra porción, o sea **El Desengaño**, vendida por Delgado a Arteaga Negrete, habría correspondido a los herederos del cónyuge muerto, Espíritusanto Espitia, y entonces sí tendría cabida la última parte del artículo 1401 del Código Civil, y se estaría en el caso de venta de cosa ajena; pero si a la inversa, a Esteban de Vargas se le hubiera adjudicado en la partición de la sociedad conyugal Delgado-Espitia, a título de gananciales del cónyuge Saturnino Delgado, la finca de **El Desengaño** que el cónyuge vendedor había vendido

con anterioridad a Vicente Arteaga Negrete, es patente tambiéén que De Vargas no había podido reivindicar de Arteaga Negrete esa finca, porque de los gananciales vendidos al primero había tenido que excluírse la finca de **El Desengaño,** vendida a Arteaga Negrete, cuya escritura fue registrada con anterioridad a la venta de los gananciales y a las diligencias de partición, por cuanto Saturnino Delgado, que estaba sujeto a confirmar el título de Arteaga Negrete, conforme al artículo 752 del Código Civil, si en la liquidación de la sociedad conyugal le correspondía el cuerpo cierto vendido por él a dicho Arteaga Negrete, no podía eludir esa consecuencia legal, por el hecho de traspasar a tercera persona sus derechos de gananciales en la sociedad conyugal, y el adquirente no podía obtener más derechos que los que tenía su tradente sobre la cosa vendida, porque según el artículo 752 dicho, del Código Civil, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

Ahora bien: habiendo sido indeterminada la adjudicación hecha a De Vargas en una parte del potrero de **Juan Pata,** puesto que por concepto de gananciales se le asignaron las tres sextas partes de esa finca, no puede invocar ese título contra Arteaga Negrete, aunque haya adquirido después todos los derechos sobre el terreno por compras hechas a los demás adjudicatarios de **Juan Pata,** porque no se sabe si las otras tres sextas partes se radicaron en la finca de **El Desengaño,** o si fueron las primeras las que se refirieron a dicha finca, y en este caso, como se ha dicho, prevalecería el derecho de Vicente Arteaga Negrete sobre el derecho posterior adquirido por Esteban de Vargas, sin que pueda decirse que la venta de los gananciales hecha en 1924 pueda ser una aclaración que obliga a Arteaga Negrete, cuya compra del cuerpo cierto **El Desengaño** se verificó en 1922.

Arguye el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la partición como acto legal que consideró dividida en seis cuotas iguales la finca de **Juan Pata,** y se adjudicó en esta forma, por cuanto desconoció la eficacia y valor de una adjudicación, violando así, entre otras disposiciones, la del artículo 949 del Código Civil, que permite reivindicar cuota determinada proindiviso de cosa singular, y en cuanto reunidas todas las cuotas adjudicadas en cabeza de Esteban de Vargas y de su esposa, negó la acción reivindicatoria, absolviendo al demandado de los cargos de la demanda, mediante la apreciación de que no se sabía si las cuotas adjudicadas a los partícipes distintos de Esteban de Vargas se radicaban o debían radicarse en la porción vendida a éste o en el lote vendido a Vicente Arteaga Negrete, contrariando así la evidencia misma resultante del reconocimiento expreso del derecho de Esteban de Vargas y del hecho de que en la partición no aparece confirmada la venta hecha a Arteaga Negrete, y por lo tanto no había siquiera lugar a insinuar una duda semejante. Con estas erróneas interpretaciones, dice el recurrente, violó el Tribunal los artículos 1401, 779 y 1394 y concordantes del Código Civil sobre el modo de hacer la partición y los artículos 673 y 675 de la misma obra.

La Corte observa que no existe el error de derecho que el recurrente apunta, pues no puede asegurarse que la mitad del globo de tierra de **Juan Pata,** o sean las tres sextas partes de ese predio que por concepto de gananciales le fueron adjudicados a Esteban de Vargas en la liquidación de la sociedad conyugal Delgado-Espitia, se refirieran a la finca de **El Campano,** comprada por Esteban de Vargas a Saturnino Delgado, o a la finca de **El Desengaño,** vendida por el mismo Delgado a Vicente Arteaga Negrete, dos casos en que el derecho de Esteban de Vargas varía sustancialmente, pues si se acepta el primer supuesto, la venta de **El Campano,** parte integrante de **Juan Pata,** habría quedado confirmada por la partición, y si se admite lo segundo, la venta de **El Desengaño,** parte integrante también de **Juan Pata** hecha a Arteaga Negrete, prevalecería sobre la adjudicación de la misma finca hecha al comprador de los gananciales, ya que conforme al artículo 1401 del Código Civil invocado por el recurrente, a Saturnino Delgado, causante de ambos litigantes, habría que considerarlo dueño exclusivo de la finca de **El Desengaño,** vendida por él en 1922 a Arteaga Negrete, y adjudicada posteriormente a Esteban de Vargas por concepto de gananciales del cónyuge vendedor, y por lo mismo, ese dominio retroactivo favorecía sin lugar a duda al primer comprador; y en esa incertidumbre de la radicación de las tres sextas partes de la finca de **Juan Pata,** adjudicadas a Esteban de Vargas, no podía el Tribunal tener como títulos claros y eficaces las hijuelas de adjudicación formadas en la partición de la sociedad conyugal Delgado-Espitia, para reivindicar contra Arteaga Negrete la finca de **El Desengaño,** vendida a él por uno de los partícipes, Saturnino Delgado.

Es bien sabido que conforme al artículo 779 del Código Civil las enajenaciones que haya hecho un comunero por sí solo de la cosa común, subsistirán en la parte que le corresponda después de hecha la división, de manera que no habiéndose efectuado ésta en el caso que se estudia, y no sabiéndose qué partes determinadas del predio de **Juan Pata** le fueron adjudicadas a Esteban de Vargas por concepto de los gananciales del cónyuge vendedor Saturnino Delgado, es incierto, como se ha dicho, el título que invoca para sustentar la reivindicación.

Estas razones fundamentales sirven para sostener la sentencia absolutoria, ya que los demás considerandos están basados en la hipótesis de que fuera errónea e ilegal la tesis que acaba de examinarse.

El recurrente sigue combatiendo las razones subsidiarias de la sentencia y no es el caso de continuar en su consideración, ya que no se ha hallado falto el fundamento principal.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el diez de abril de mil novecientos veintiocho.

No se hace condenación en costas por haber salvamento de voto.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, ocho de octubre de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Sonsón, la señora Margarita Jaramillo viuda de Jiménez demandó a la señorita Teresa Arias Montoya, para que, por sentencia definitiva, se hiciesen estas declaraciones:

"Primero. Que tengo mejor derecho que la demandada señorita Teresa Arias Montoya, al dominio de la finca denominada **La Tolda** con su casa de habitación y demás anexidades, situada en el paraje de **Los Planes**, del Municipio de Sonsón, alinderada así: (aquí los linderos).

"Segundo. Que en consecuencia de la declaratoria anterior, la demandada está en la obligación de restituírme, dentro del término de tres días, la mencionada finca con sus anexidades y enseres del servicio de ella, y de pagarme los frutos naturales y civiles que haya producido desde la fecha en que la recibió hasta el día de la restitución, frutos que no se concretarán a los percibidos, sino a los que el inmueble pudiera producir con mediana inteligencia y actividad, manejado por mí.

"Tercero. Subsidiariamente, que está resuelto el contrato de compraventa que celebramos la demandada y yo, referente a la mencionada finca de **La Tolda**, cuya ubicación y linderos quedan determinados en el pedimento **primero** de esta demanda, contrato que reza la escritura número quinientos sesenta, de nueve de septiembre de mil novecientos veinticinco, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito.

"Cuarto. Que en virtud de la declaratoria anterior, la demandada señorita Teresa Arias Montoya está en la obligación de entregarme el mencionado inmueble con todas sus anexidades y dependencias, y con sus frutos naturales y civiles percibidos o los que yo hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo el inmueble en mi poder, desde el nueve de septiembre de mil novecientos veinticinco hasta el día de la restitución, frutos que se justipreciarán pericialmente bien sea en este juicio o en juicio distinto.

"Quinto. Que la misma demandada está en la obligación de pagarme los perjuicios que me causó con la violación del contrato de compraventa de la finca **La Tolda**, de que vengo haciendo mérito, perjuicios que se estimarán pericialmente en este juicio o en otro distinto, en el cual no se discutirá la obligación de pagar, sino la cuantía.

"Sexto. Que en cualquiera de las acciones que se declare, ya sea la principal o la subsidiaria, son de cargo de la demandada las costas del juicio."

Fundó su demanda en los artículos 946 a 971; 1608, 1613, 1615, 1928, 1929, 1930, 1932 y 1546 del Código Civil, y en los hechos siguientes:

"1º Por medio de la escritura pública número quinientos sesenta, de nueve de septiembre de mil novecientos veinticinco, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, vendí a la demandada mi finca denominada **La Tolda**, situada en el paraje de **Los Planes**, de este Municipio, con casa de habitación, sementeras de café, plátano y otros cultivos, finca demarcada en la citada escritura y alinda también en el pedimento **primero** de esta demanda.

"2º El precio de la mencionada finca fue el de tres mil pesos moneda legal, que la compradora debía pagarme así: quinientos pesos de contado, es decir, al firmarse la escritura; quinientos pesos en el transcurso de la cosecha de café, que terminaba en el año de mil novecientos veinticinco, y los dos mil pesos restantes los iría pagando en contados, entregados en cada cosecha de café subsiguiente a la de mil novecientos veinticinco.

"3º La compradora se obligó a pagarme intereses de demora sobre el precio de la finca, a la rata del uno por ciento mensual, y efectivamente, me pagó la cantidad de doscientos treinta pesos, abonables a ellos, pues aunque me entregó doscientos cuarenta, luégo me pidió diez pesos prestados.

"4º La demandada no cumplió con la obligación de pagarme los quinientos pesos prometidos de contado, sino que unos dos meses después me hizo el pago de ellos con documento en contra del señor Angel María Osorio, por igual suma, el cual recibió el señor Hipólito Botero por mi cuenta, y el cual manejaba el señor Manuel A. López, y a quien le dijo la demandada que me lo entregara como precio del primer contado de la finca.

"5º La demandada no me pagó tampoco los quinientos pesos prometidos como segundo contado, y que debía abonar en los últimos tres meses del año de mil novecientos veinticinco.

"6º La demandada se obligó a pagar los intereses por mensualidades vencidas, y se pactó que en caso de mora por un semestre, quedaba de hecho vencido el plazo.

"7º La demandada se constituyó en mora de pagar más de un semestre de intereses, mora que sobrevino hace ya varios meses.

"8º Una vez que la demandada incurrió en la mora, me ofreció el pago del resto del precio de la finca, y me exigió que para el efecto le cancelara la obligación, pues que el dinero se lo iba a dar el Banco Agrícola, que funciona en esta ciudad, según promesa del doctor Londoño del Corral, pero que para la operación le era indispensable la libertad de la finca de **La Tolda**.

"9º En atención a la exigencia que me hizo la deudora, y especialmente por las insinuaciones que me hizo el Notario, señor Sebastián Henao J., demostrándome que no había peligro alguno en la cancelación de confianza que me exigía dicha vendedora, y que en verdad, le era indispensable la libertad de la finca para recibir el dinero del Banco, a quien debía hipotecarle la misma finca, accedí a los deseos de la demandada, sin recibir ni un solo centavo por concepto de la cancelación mencionada.

"10. Hasta la fecha no he recibido el resto del precio de la finca de **La Tolda**, porque la deudora no pudo conseguir con el Banco, ni con nadie el mencionado precio.

"11. La demandada se presentó ante el doctor Juan Londoño del Corral en solicitud del dinero, en su carácter de abogado del Banco Agrícola o de la Sucursal de éste, que funciona en esta ciudad, significándole que era para pagarme el resto del precio de la finca de **La Tolda**, la misma que ella le hipotecaría al Banco, y no consiguió dicho dinero.

"12. La demandada significó al Notario, señor Sebastián Henao J., que estaba muy agradecida de mí por la confianza que le había dispensado deshipotecándole la finca, y que inmediatamente iba a conseguir el dinero para pagarme los dos mil quinientos pesos que me debía del precio de la finca, con sus correspondientes intereses.

"13. La demandada es una mujer huérfana, demasiado pobre, por cuyas circunstancias no ha contado ni cuenta con otros haberes para pagarme el precio de la finca de

La Tolda, que con los productos de la misma finca o con el valor de ella.

"14. La demandada entró en posesión material de la finca de **La Tolda** desde el nueve de septiembre de mil novecientos veinticinco, y se ha lucrado de las cosechas de café y del producto de las demás sementeras existentes en ella."

Contestó la señorita Arias Montoya rechazando las peticiones de la demanda, aceptando unos hechos, negando otros y oponiendo las excepciones perentorias de carencia de acción; petición antes de tiempo o de un modo indebido; cumplimiento de la obligación accesoria de hipoteca por la cancelación del crédito, que consta en la escritura número quinientos sesenta, de nueve de septiembre de mil novecientos veinticinco, y pago ya verificado del precio de la compraventa a que se refiere la citada escritura.

El Juez de primera instancia falló así el pleito:

"1º Declárase que no están probadas las excepciones perentorias alegadas por la parte demandada en este juicio.

"2º No es el caso de declarar que la señora Margarita Jaramillo viuda de Jiménez tiene mejor derecho que la señorita Teresa Arias Montoya a la finca denominada **La Tolda**, sita en el paraje de **Los Planes**, de esta jurisdicción municipal, y alinderada conforme se transcribe en este fallo, en el punto primero de la demanda.

"No es el caso de ordenar la entrega de la finca mencionada, conforme se pide en el punto segundo de la demanda, en mérito de reivindicación, cuya acción queda negada por el Juzgado en el numeral anterior.

"4º Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre la demandante señora Margarita Jaramillo viuda de Jiménez y la demandada señorita Teresa Arias Montoya, referente a la mencionada finca de **La Tolda**, cuya ubicación y linderos quedan transcritos al principio de esta providencia, contrato que reza la escritura número quinientos sesenta, de nueve de septiembre de mil novecientos veinticinco, pasada ante el Notario 1º de este Circuito.

"5 Declárase que la demandada señorita Teresa Arias Montoya está en la obligación de entregar a la demandante señora Margarita Jaramillo viuda de Jiménez, dentro del término legal, una vez ejecutoriada esta providencia, el terreno mencionado, por los linderos expresados, con todas sus anexidades y dependencias, usos, costumbres y servidumbres, y con sus frutos naturales y civiles.

"Parágrafo. Las prestaciones mutuas respecto a frutos percibidos por la compradora y dejados de percibir por la vendedora, durante el tiempo de la vigencia del contrato hasta la fecha de la entrega de la finca ordenada en el numeral cuarto de la parte resolutiva de esta providencia, se dilucidarán en juicio separado, en que no se discutirá la obligación de pagar, sino la cuantía, teniendo en cuenta las cantidades pagadas efectivamente por la compradora a la vendedora, a cuenta del contrato.

"6º Declárase que la demandada, señorita Teresa Arias Montoya, está en el deber de pagar a la demandante, señora Margarita Jaramillo viuda de Jiménez, los perjuicios causados por la violación del contrato, procedentes de daño emergente, los que se dilucidarán en juicio separado, en que no se discutirá la obligación de pagar, sino la cuantía, pues los perjuicios de lucro cesante están incluidos en los de prestaciones mutuas, de que trata el numeral anterior.

"7º Declárase que las costas de este juicio son de cargo de la demandada."

El Tribunal Superior de Medellín confirmó la sentencia anterior con las costas respectivas.

Contra el fallo del Tribunal, el apoderado de la señorita Teresa Arias Montoya interpuso recurso de casación, que la Corte admite, por tener para ello las condiciones legales, y procede a resolver, previo el estudio de la demanda respectiva.

Alega el recurrente la primera causal de casación, por cuanto el Tribunal no le dio mérito probatorio a la escritura de cancelación de la hipoteca, en que aparece que la señora Jaramillo de Jiménez recibió el precio total de la finca de **La Tolda**, que a plazo le vendió a la señorita Arias Montoya, infringiendo con ello los artículos 1625, inciso 1º y número 1º, 2457, inciso 2º; 1934, 1757, 1758, 1759 y 2652 del Código Civil, y 677, 678, 679 del Código Judicial, que tratan de la extinción de las obligaciones por el pago efectivo y de la fuerza probatoria de los instrumentos públicos.

Sostengo, dice, que la declaración sobre el pago total que hizo la señora Margarita Jaramillo viuda de Jiménez en la escritura número quinientos treinta y nueve, que en copia figura registrada a fojas 58, perjudica a dicha señora, mientras no se declare nula o sin valor por sentencia ejecutoriada, y es una prueba esencial en el juicio, pues con ella se acredita la extinción de la obligación consignada en la escritura número quinientos sesenta, en la cual consta la nota, cancelada con relación a la deuda y vigente con respecto a la venta, y se extinguió también la hipoteca que gravaba el inmueble por ministerio del artículo 2457 del Código Civil, en relación con el artículo 1625 del mismo. Concluye diciendo que acusa la sentencia, por no haber dado el Tribunal mérito probatorio a la referida escritura de cancelación, y por haberse violado con ello las disposiciones legales que atrás se dejaron anotadas.

Observa la Corte que el Tribunal no ha desconocido la fuerza probatoria de la escritura pública de cancelación, sino que ha sentado la tesis de que contra lo declarado en ella se admite prueba en contrario entre los otorgantes, sin perjuicio de terceros. Dice así la sentencia:

"Sumados esos dos elementos (confesión ficta y prueba indiciaria), no vacila la Sala en las conclusiones del sentenciador del primer grado, máxime cuando de la lectura del expediente surgen por todas partes conjeturas convergentes a la conclusión de que la compradora no cumplió con su deber de pagar el precio ajustado a que estaba comprometida en el acuerdo de voluntades. Además, vale la pena anotar, como indicios de relativa gravedad, que es voz pública en el Municipio donde surgió la controversia, la honorabilidad y corrección de la acreedora, la creencia general de que la compradora no ha pagado el precio, y la seriedad de la misma en el cumplimiento de sus obligaciones."

Contra las declaraciones de la escritura, el Tribunal admite la confesión ficta de la demandada y la prueba de indicios.

Consta de autos, dice el sentenciador, que a la compradora se la declaró confesa, previa citación personal, sobre los siguientes hechos, sintetizados así:

"a) Que la vendedora no pagó los quinientos pesos del segundo contado.

"b) Que no ha dado a cuenta más que los primeros quinientos pesos en un pagaré a cargo de Angel María Oso-

rio, y parte de intereses, quedando a deber dos mil quinientos pesos de principal; y

"c) Que en verdad, solicitó la compradora del señor Juan Londoño del Corral el dinero que quedaba a deber que no lo obtuvo, y que, por tanto, no solucionó la deuda."

El autor del recurso es de concepto que el Tribunal incurrió en error de derecho, por haberle dado a la confesión ficta o presunta de una de las partes y a la declaración de confeso que contiene el auto de quince de febrero de mil novecientos veintisiete, decretado por el Juez del Circuito de Sonsón, una fuerza probatoria que no tienen legalmente, por cuanto no se trata de posiciones pedidas en juicio, para los efectos del artículo 459 del Código Judicial; por no ser confesión expresa de la parte (artículo 556 del mismo Código). Esa confesión judicial, ficta o presunta, no tiene la fuerza de confesión judicial rendida en juicio, o sea de plena prueba de los hechos envueltos en las posiciones.

Estima que las disposiciones de los artículos 34 de la Ley 169 de 1896, 46 y 47 de la Ley 40 de 1907, aplicables para juicios ejecutivos, no deben tenerse en cuenta en el presente juicio ordinario, donde han existido dos términos para presentar pruebas, y donde se encuentran las posiciones absueltas por la parte demandada, dentro del juicio, en las cuales negó los hechos en que se le declara confesa.

Considera la Corte que desde la vigencia del artículo 34 de la Ley 169 de 1896, en que se le dio fuerza de confesión judicial a la que se haga al absolver posiciones fuera de juicio, la no comparecencia a absolverlas a la hora y en el lugar designado para ello, acarrea para la parte remisa la sanción de que se la declare confesa, y de que tal declaración se tenga como plena prueba respecto de los hechos sobre que versan las posiciones. Así lo ha expuesto esta Corte en varias decisiones, entre otras, en la sentencia de veintinueve de octubre de mil novecientos diez (**Gaceta Judicial**, tomo 19, página 131), en que dijo:

"Para la Corte vale tanto la prueba de hechos directamente confesados en la absolución de posiciones, como la prueba de hechos indirectamente confesados por una persona no concurriendo a la absolución de posiciones el día y a la hora que se les señalaron.

"Parece que el señor apoderado del recurrente pone toda la fuerza de su argumentación en que las posiciones a Hinestrosa se pidieron **fuera de juicio**; en que, por lo mismo, constituyen una confesión extrajudicial, conforme al artículo 561 del Código del ramo, y que la confesión extrajudicial no produce plena prueba, según el artículo 562 de la misma obra.

"Estas consideraciones pierden toda su eficacia, desde que se para mientes en que el artículo 34 de la Ley 169 de 1896, posterior a los citados, dijo esto:

'La confesión que se haga al absolver posiciones **fuera de juicio**, ante Juez competente, tiene la fuerza de confesión judicial.'"

Doce años después repitió la Corte esta doctrina, en sentencia de veintiuno de marzo de mil novecientos veintidós. (**Gaceta Judicial**, tomo 29, página 120, columna 3ª), en la cual expuso:

"De suerte, pues, que el Tribunal, acogiendo las ideas de la Corte, lo que dijo fue que la confesión de De la Cruz, por la declaratoria de confeso, tenía la fuerza de una confesión judicial—no que fuese confesión judicial—lo que es perfectamente jurídico, según terminante disposición del artículo 34 de la Ley 169 de 1896, teniendo en cuenta que en todo caso en que sea legal pedir posiciones, bien sea en juicio o fuera de él, vale tanto la declaratoria de confeso a que ha precedido citación personal del absolvente, como la confesión expresa del mismo." (**Jurisprudencia**, número 3269).

Y esto, en concepto de la Corte, es lo jurídico, porque permitiendo el artículo 41 de la Ley 105 de 1890, que pueda el presunto demandante interrogar en posiciones a la persona a quien va a demandar, sería inaceptable que quedara burlado este derecho por la sola circunstancia de rehuír el absolvente su comparecencia a absolver las posiciones. Sin la declaración de confeso, y sin la fuerza que la ley le da a esa declaración, se haría nugatorio el derecho otorgado por la disposición citada de la Ley 105 de 1890. El legislador lo ha entendido así, desde luégo que le ha dado la fuerza de plena prueba, para fundar una ejecución, a la declaración de confeso, precedida de la citación personal del deudor. (Artículo 46 de la Ley 40 de 1907, ordinal 6º).

El recurrente alega que se citó después en juicio a la señorita Arias M. para absolver posiciones, y que al efecto, las absolvió, quedando, por lo mismo, desvirtuadas aquellas en que se la declaró confesa por no haber comparecido a absolverlas. Esto se sostiene, dice, porque la prueba se solicitó en el término legal; porque sí hubo confesiones expresas sobre los hechos de las confesiones esenciales (artículo 556 del Código Judicial); porque una confesión judicial no puede asimilarse en juicio a una confesión extrajudicial, rendida fuera de juicio, según los artículos 34 de la Ley 169 de 1896 y 46 y 47 de la Ley 40 de 1907, y porque para citar a la presunta confesante no se le otorgaron las garantías a que tenía derecho, según la Constitución y la ley (alude al artículo 624 del Código Judicial). Si la confesión ficta, agrega, era suficiente prueba, ¿para qué las posiciones de tres de mayo de mil novecientos veintisiete? ¿Y cómo puede negarse la fuerza de la prueba que comportan las respuestas que dio a esas posiciones la señorita Arias M., negando los hechos esenciales de las preguntas, hechos que son los mismos del interrogatorio en que se basó la declaración de confeso? En juicios contradictorios donde se discuten derechos y se aducen pruebas, la confesión debe regirse por los artículos 555 a 570, 574, 447, 453, 459 del Código Judicial.

Aunque el recurrente no dice qué disposición legal es la violada por haber tenido en cuenta el Tribunal la declaración de confeso que recayó sobre las posiciones absueltas extrajuicio, no obstante que las mismas posiciones fueron presentadas y absueltas durante la causa, no huelga observar que en las últimas no hubo confesión; pues la señorita Arias M. negó todos los hechos sobre los cuales versaron las preguntas, y por tanto, no es el caso de decidir entre dos confesiones.

Y en lo tocante al reparo consistente en que la señorita Arias M. tenía derecho, como señorita de estado honesto, a que se le recibieran las posiciones en su casa de habitación, y no se la citara para ello al Juzgado, debe tenerse en cuenta que al decretarse la absolución de posiciones pedidas extrajuicio por la señora viuda de Jiménez, el Juez ordenó que la señorita absolvente se presentara al Juzgado, o que designara una casa en la ciudad donde debiera practicarse la diligencia; pero la señorita Arias M. no designó esa casa al hacérsele la notificación, ni dijo nada al respecto. Además, ese punto quedó analizado y juzgado en la articulación que precedió a la declaración de confeso.

Para reforzar la prueba de la confesión ficta, cuyo peligro no desconoce el Tribunal, se apoya en varios indicios que clasifica así:

Antecedentes—Está demostrado plenamente, porque en ello no vacilan muchos testigos, que la compradora es y ha sido pobre. El mismo contrato está demostrando que la señorita Arias no es persona de haberes, porque sólo desembolsaba quinientos pesos de contado, y el resto del precio ($ 2,500), lo prometía pagar con productos de la finca. Asimismo, que en algunos contratos de poca monta, se ponía en mora, y andaba a caza de préstamos de poca entidad.

Los empleados del Banco de Sonsón aseveran que la deudora hizo gestiones para la consecución del dinero, a fin de amortizar la deuda que tenía con la señora Jaramillo viuda de Jiménez, y que ese dinero no se le suministró. Adquiere gran fuerza este indicio, dada la honorabilidad y la alta posición social que se presume en testigos que desempeñan delicadas funciones en un Banco oficial.

Concomitantes—La compradora se muestra agradecida por el acto de confianza que en ella depositó la señora Jaramillo, al cancelar un crédito bajo la sola promesa del pago, una vez obtenida del Banco la suma que se había requerido en mutuo. Esto lo declara el Notario, cuyo testimonio es de gran valía en el juicio.

Subsiguientes—Afirmó la señorita Arias ante persona muy honorable—un sacerdote,—que había pagado el crédito con fondos suministrados por el Banco, siendo así que el préstamo no se realizó, quizás porque una apariencia legal la había dado libre del compromiso. Es expresiva, en grado sumo, la declaración de algún testigo que refiere la dañada intención de la deudora con estas palabras, oídas por su consejero: "que ella—la Arias—pensaría más detenidamente si le pagaba a doña Margarita lo que le debía, o si tiraba el todo por el todo."

Los anteriores indicios tienen una pluralidad de prueba testimonial, y otros se desprenden de testigos que, por su posición social y por el desempeño de sus ministerios (un Notario y un sacerdote), por sus labores (empleados del Banco Agrícola), llevan al ánimo la convicción profunda de la realidad del hecho investigado: la falta de solución de la deuda que garantizaba la hipoteca.

Combate el recurrente estos indicios por error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciarlos:

a) Dice que con escrituras registradas se comprobó que en la fecha de la escritura número quinientos sesenta, de nueve de noviembre de mil novecientos veinticinco, la señorita Arias M. tenía dinero de su propiedad, y el apoderado de la demandante confiesa que conservaba de la misma un documento con cuyo valor hizo el pago del primer contado del precio de la finca de **La Tolda**, luego no es pobre de solemnidad, y con la misma finca pudo conseguir el dinero para completar el pago.

Nadie ha negado el pago de los quinientos pesos, valor del primer contado del precio de la finca, de manera que la prueba que el recurrente señala no es pertinente en el asunto.

b) Sostiene que para el pago del segundo contado del precio no se señaló plazo fijo, y según escrituras números doscientos cuatro, de seis de abril de mil novecientos veintidós; cuatrocientos sesenta y cinco, de quince de septiembre de mil novecientos veinticuatro, como también de la número doscientos diez y nueve, de seis de mayo de mil novecientos diez y seis, y seiscientos sesenta y nueve, de noviembre de mil novecientos diez y nueve, de la Notaría de Sonsón, se acreditó que la señorita Arias sí tenía dinero para hacer el pago del crédito constante en la escritura de nueve de septiembre de mil novecientos veinticinco, y, por tanto, con esos fondos y con dinero que le dieron en préstamo, hizo el pago y se canceló la escritura de hipoteca.

Estima la Corte que el Tribunal consideró este argumento aducido para destruir el indicio consistente en la falta de recursos de la señorita Arias M. para pagar la deuda de $ 2,500, resto del precio de la finca de **La Tolda**, y al analizar las escrituras que ahora cita el recurrente, dijo con sobrada razón:

"Contra ésta, especialmente contra el indicio de la pobreza de la demandada, trajo su apoderado en la instancia varias escrituras para demostrar su facilidad de haber verificado el pago total del crédito de la demandante sin acudir al Banco Agrícola. El indicio no alcanza a infirmarlo el otorgarmiento de las aludidas escrituras, porque en realidad, no dan cuenta de ser la señorita Arias poseedora, a la fecha de la cancelación, de la suma suficiente para solucionar el crédito. El movimiento de su capital concuerda con el primer pago del contado en el precio a que se obligó con la señora Jaramillo viuda de Jiménez, pero no alcanza a ponerla en situación de amortizar el resto, que era una suma cuantiosa para pagarla con el trabajo de una mujer. La escritura número doscientos cuatro, de seis de abril de mil novecientos veintidós, no vino a los autos, y la número seiscientos sesenta y nueve, de veintidós de noviembre de mil novecientos diez y nueve, no tiene nada qué ver con la señorita Arias."

c) Objeta las declaraciones del Notario don Sebastián Henao y la del presbítero Daniel Florencio Sánchez, porque son testimonios sobre palabras oídas, y porque son singulares y se refieren a hechos distintos; de manera que conforme a los artículos 600 y 606 del Código Judicial, carecen de valor.

Basta observar al respecto que, conforme al mismo artículo 609, la declaración de un testigo no puede formar por sí sola plena prueba, pero sí gran presunción cuando es hábil, y como presunción o indicio apreció los expresados testimonios el Tribunal, y respecto a las palabras, ellas se refieren a expresiones de la señorita Arias M., que demuestran que no había pagado realmente la suma que debía a la señora viuda de Jiménez, y muy bien pueden estimarse como indicios.

Combate también el indicio de la fama pública, respecto de la escasez de recursos de la señorita Arias, y dice que las versiones públicas de que el Tribunal trata, no son hechos que sean pruebas, ni la legislación considera esas versiones como prueba indicial. Sobre este punto hay que recordar que el artículo 608 del Código Judicial habla del valor de ciertos testimonios cuando se trata de probar la fama pública.

Con relación a este cargo, estima el recurrente que las declaraciones de los testigos Juan de Dios y Alejandro Londoño, Mauro Sánchez, Carlos López y varios otros, que deponen sobre pequeños negocios que tenía la señorita Arias, en los cuales quedaba mal por falta de pago de sumas exiguas, no se refieren a hechos concretos sobre la cantidad que debía dicha señorita a la señora de Jiménez, y no pueden constituir indicio alguno para desvirtuar la eficacia de la escritura en que consta la cancelación de la hipoteca, por haberse verificado el pago de la deuda que tal gravamen garantizaba.

A esto se observa que los indicios a que aduce el Tribunal son apenas un refuerzo de la confesión extrajudicial, que fue la base del fallo, y que con las declaraciones que tacha el recurrente, sí está demostrado que a la época en que la señorita Arias M. debía los dos mil qui-

nientos pesos, resto del precio de **La Tolda**, en algunos contratos de poca monta se ponía en mora y "andaba a caza de préstamos de poca entidad," como dice el sentenciador, para inducir de allí, de acuerdo con otros indicios, que dicha señorita no tenía el dinero para pagar la fuerte suma de $ 2,500, a menos de conseguir un préstamo sobre la finca materia de la litis, que fue lo que la señorita se propuso, sin éxito, del Banco Hipotecario de Sonsón, para lo cual obtuvo primeramente de la señora viuda de Jiménez la libertad de la finca, exigida por el Secretario de dicho establecimiento, para poder considerar la solicitud del préstamo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Medellín el veintidós de octubre de mil novecientos veintiocho, y condena en costas a la parte recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre nueve de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

Joaquín Borrero S. y José María Bravo, por medio de apoderado, demandaron ante el Juez 2º del Circuito de Neiva, a la herencia del General Toribio Rivera, representada por la viuda, señorá Isidra Salas y sus hijos Julia, esposa de David Rivera; María Josefa, Miguel, Toribio, Marceliano y Sofía Rivera S. de Rivera, ésta muerta y representada por sus hijos Pedro y Olegario Rivera; Jesús Rivera, también muerto, y representado por su viuda Carmen García de Rivera y sus menores hijos Jesús Alberto, María Gertrudis, María Josefa y María Luisa Rivera, para que, con citación y audiencia de todos ellos, se proceda a liquidar la sociedad de hecho formada por los señores Toribio Rivera, Aníbal García y Joaquín Borrero, previas las declaraciones siguientes:

"Primera. Que entre los señores Toribio Rivera, Aníbal García y Joaquín Borrero se constituyó y ha existido una sociedad de hecho, con el objeto de explotar el negocio denominado **Empresa de la Barca o Barco de Purificación.**

"Segunda. Que esta Empresa, denominada **Barca de Purificación** o **Empresa de la Barca**, consiste en la barca montada en el puerto de la población de Purificación, Departamento del Tolima, destinada al transporte de bestias, carga y transeúntes, con todos sus privilegios, concesiones, torres, grúas, cables y demás accesorios.

"Tercera. Que el señor Toribio Rivera fue el Gerente o socio gestor de esta Empresa, y que después de su muerte lo ha sido, como agente oficioso, el señor Miguel Rivera Salas.

"Cuarta. Que la sociedad de hecho, de que tratan los puntos anteriores, debe liquidarse, como lo dispone el artículo 2083 del Código Civil.

"Quinta. Que en la liquidación de esta Sociedad debe tenerse presente, como base o puntos de partida, los siguientes:

"**a)** Que los aportes de cada socio, consistentes en el valor de las compras de los efectos de la barca, hechos a los señores Barney y Bravo y de las posteriores reparaciones y adiciones a la Empresa, deben pasar al fin del privilegio a ser propiedad del Gobierno Departamental del Tolima, en virtud de las obligaciones contraídas para con esta entidad, por el señor Toribio Rivera, como Gestor de la Empresa.

"**b)** Que el capital social, que en virtud de la cláusula anterior debe consistir en las utilidades de la Empresa durante el tiempo del privilegio, debe repartirse entre los socios por cuotas iguales, por razón de sus puestas, que fueron iguales.

"**c)** Que hecha la liquidación, si en el momento actual en que se verifica no hubiere terminado la época del privilegio, la Empresa será adjudicada a cualquiera de los socios que designe el Juez, con cargos de rendir cuentas cuando termine el privilegio y de cumplir las obligaciones para con el Gobierno, sin perjuicio de la responsabilidad de los otros socios.

"**d)** Que los representantes legales o sucesores del señor Toribio Rivera son responsables de los balances o saldos que arrojen dichas cuentas durante la administración del señor Miguel Rivera S., y de sus intereses, al tipo corriente del tiempo en que se causaron; y que el señor Miguel Rivera S. es responsable hasta de la culpa leve en virtud de su agencia oficiosa.

"Sexta. Que los demandados son responsables, y deben pagar las costas de este juicio."

A Miguel Rivera S. se le demandó, además, en su condición individual, para los fines de la última parte de la declaración tercera.

Invocaron, en apoyo de sus peticiones, los artículos 2083, 2142, 2155, 2181, 2182, 2183, 2079, 2094, 2106, 2141, 2304, 2305 y 2308 del Código Civil; los artículos 333, 353, 529 y 540 del Código de Comercio, y el artículo 844 del Código Penal.

Los hechos que sirven de base a la acción son de este tenor:

"1º Hasta el ocho de junio de mil ochocientos noventa y ocho, era el señor Guillermo Barney propietario de una barca y los enseres correspondientes, montada en el puerto de Purificación, sobre el río Magdalena.

"2º El ocho de junio de mil ochocientos noventa y ocho, los señores Toribio Rivera, Aníbal García y Joaquín Borrero le compraron al señor Guillermo Barney la barca que hasta entonces era de su propiedad, montada sobre el río Magdalena, en el puerto de Purificación, compra que comprendió el vehículo o champán, los cables, grúas y demás accesorios, según aparece del instrumento de venta, otorgado en la Notaría de esta ciudad, bajo el número 429, de ocho de junio de mil ochocientos noventa y ocho.

"3º El objeto de esta compra fue utilizar el privilegio que había sido obtenido por el instrumento número 223, de nueve de abril de mil ochocientos noventa y ocho.

"4º El contrato contenido en el instrumento número 223, de nueve de abril de mil ochocientos noventa y ocho, no se pudo cumplir a causa de la guerra civil última, que constituyó una fuerza mayor.

"5º Por el motivo dicho, el General Rivera solicitó prórroga, y la obtuvo, mediante el contrato celebrado con

el Departamento del Tolima, consignado en la escritura pública número 141, de veintidós de abril de mil novecientos cinco.

"6º Por este contrato el Gobierno Departamental del Tolima convino en que la barca de Purificación, que existía entonces en servicio de propiedad de Rivera, García y Borrero, llenaba las condiciones del privilegio, y el señor General Rivera, por su parte, prometió que esta barca pasaría a ser propiedad del Gobierno a la terminación del privilegio.

"7º Mediante este privilegio, y la barca y enseres comprados a Barney, el negocio de pasaje en la barca continuó en el puerto de Purificación, bajo la administración del General Toribio Rivera.

"8º Muerto el señor Aníbal García, la administración de la barca continuó en manos del señor Toribio Rivera, sin que mediara liquidación alguna de la Sociedad.

"9º Muerto también el señor Toribio Rivera, la Empresa de la Barca le fue adjudicada a su señora viuda, al señor Miguel Rivera S. y a sus hermanas, y la administración fue avocada por el señor Rivera Salas.

"10. No existe documento alguno ni acto legítimo por el cual haya adquirido el señor Miguel Rivera S. la facultad de administrar la Empresa de la Barca.

"11. Ni el General Rivera ni los herederos de él, ni don Miguel Rivera S. en particular, han liquidado ni rendido cuentas de la administración de la Empresa de la Barca, ni han pagado a los demandantes los frutos que les corresponden."

Los demandados se opusieron a que se hagan las declaraciones pedidas, y negaron los hechos fundamentales de la demanda.

Puso término al juicio de primera instancia la sentencia de diez de octubre de mil novecientos veintisiete, con las siguientes consideraciones:

"Primera. Que entre los señores Toribio Rivera, Aníbal García y Joaquín Borrero se constituyó, y ha existido, una sociedad de hecho, con el objeto de explotar el negocio denominado **Empresa de la Barca o Barca de Purificación.**

"Segunda. Que esta Empresa denominada **Barca de Purificación** o **Empresa de la Barca,** consiste en la barca montada en el puerto de la población de Purificación, Departamento del Tolima, destinada al transporte de bestias, cargas y transeúntes, con todos sus privilegios, concesiones, torres, grúas, cables y demás accesorios.

"Tercera. Que el señor Toribio Rivera fue el Gerente o socio gestor de la Empresa, y que después de su muerte lo ha sido, como agente oficioso, el señor Miguel Rivera Salas.

"Cuarta. Que la sociedad de hecho, de que tratan los puntos anteriores, debe liquidarse, como lo dispone el artículo 2083 del Código Civil; y

"Quinta. Absuélvase a la parte demandada de los cargos de que trata esta petición. Sin costas."

Por la sentencia de cinco de diciembre de mil novecientos veintiocho, el Tribunal Superior de Neiva revocó la del Juez a quo, y absolvió a los demandados.

La Corte estudia la demanda de casación que hacen valer los actores, por encontrarla arreglada a la ley.

Considera el vocero de la parte recurrente que la sentencia es acusable por algunos de los motivos que establece la causal primera, y con fundamento en ella, estima quebrantados los artículos 1398, 1806, 2083, 1584 del Código Civil, y 837 del Código Judicial; los dos primeros por indebida aplicación al caso del pleito, y los otros por haberlos dejado de aplicar. Alega, además, que el sentenciador incurrió en error de hecho, que aparece de modo evidente en los autos.

Resumidas son estas las razones en que sustenta los reparos de que se trata: que el Tribunal dice que la demanda debió dirigirse contra la sociedad conyugal Toribio Rivera e Isidra Salas, tesis con la cual entiende el sentenciador, que si el marido hace parte de una sociedad de hecho mientras viva, no debe demandarse a éste sino a la sociedad. De esa y otras aserciones deduce que aquella jurisprudencia absorbe la personalidad jurídica del marido.

El fundamento cardinal del alegato del señor apoderado, párte del supuesto de que en el juicio no se demandó la liquidación de la sociedad de hecho, formada entre los señores Toribio Rivera, Aníbal García y Joaquín Borrero, sino simplemente la declaración de que debe procederse a hacer esa liquidación; y que siendo esto así, están fuera de la ley los reparos que la sentencia hace a la demanda, en cuanto en ella se prescindió de Zoilo Rivera S., en su carácter de heredero de Toribio Rivera, y de los herederos de Aníbal García, miembro de la sociedad de hecho, y de quien hay constancia que también murió; que tampoco tiene base jurídica la tesis de que así como se necesitó el consentimiento de todos los socios para formar la sociedad de hecho, se requiere igualmente siquiera en la **litiscontestatio,** para dar por terminado ese estado anormal de cosas; que no es verdad, como lo dice el Tribunal, que la muerte de Aníbal García haya generado necesariamente sucesores o herederos; pues no existe en nuestro Derecho Civil la institución de heredero necesario; y que no estando demostrada la existencia de herederos de García, ni que hubieran aceptado la herencia, incurrió el Tribunal en error de hecho, al suponer que ellos existen; y que la Sala incurre en el error de hecho de hablar de la división del caudal social, sin fijarse en que esa no es materia de la litis, y, por lo mismo, no puede resultar del juicio saldo deudor a cargo de los herederos.

La Corte considera:

Del encabezamiento de la parte petitoria del libelo, como del contexto de los capítulos 4º y 5º del mismo, que han quedado transcritos, aparece por demás indiscutible que entre las cosas demandadas está la de que se proceda a la liquidación de la sociedad de hecho, que motivó este litigio.

Son igualmente puntos demostrados en el proceso y aceptados por ambas partes, que la dicha sociedad de hecho existió entre los señores Toribio Rivera, Aníbal García y Joaquín Borrero; que los dos primeros murieron, y que su muerte ocurrió antes de la petición de liquidación de esa sociedad.

De estos postulados se desprende, con patente fundamento jurídico, que en el juicio seguido con posterioridad a la muerte de uno o más de los miembros de una sociedad de hecho, para que se proceda a su liquidación, es preciso que esta declaración se haga con intervención de los socios existentes y de todos los herederos de los socios muertos, ya que ellos son los continuadores de sus causantes, consiguientemente representantes de la herencia, y como tales, partícipes de los saldos deudores o acreedores de ésta.

Los razonamientos que la Sala sentenciadora ha sentado como bases del fallo que se revisa, están, en concepto

de la Corte, ajustados a derecho, y, por lo tanto, carecen de asidero los cargos que contiene la demanda de casación.

Cabe notar que los motivos expuestos por el señor apoderado en sostenimiento de sus acusaciones, parten de premisas que se alejan de la realidad.

En efecto, resulta del propio texto de la sentencia que el Tribunal no dice—como lo afirma el recurrente—que la demanda debió dirigirse contra la sociedad conyugal Rivera-Salas, ni tampoco que la muerte del socio García haya generado necesariamente sucesores o herederos.

Tocante a lo primero, la Sala sentenciadora se limita a conceptuar que como la sociedad de hecho se formó durante el matrimonio Rivera-Salas, para los efectos de la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por muerte del marido, las obligaciones de la sociedad de hecho gravan no sólo los bienes del cónyuge muerto, sino también los del cónyuge sobreviviente.

Es ésta cosa muy distinta de lo que el señor apoderado le hace decir al Tribunal.

No es que el sentenciador afirme que la muerte haya generado necesariamente herederos. Deduce del desarrollo que da a la tesis, consistente en que, tratándose de hacer efectivas obligaciones que pesaban sobre una persona que ha dejado de existir, que es de todo punto indispensable, conforme a derecho, que intervengan los representantes de la herencia de esa persona, con tanto mayor razón, si, como en la controversia de autos, los autores no comprobaron que García murió sin dejar sucesores, o que su herencia no fue aceptada.

Se demostró ya que entre las peticiones contenidas en el libelo, está la que se proceda a la liquidación de la sociedad de hecho. Se empeña el recurrente en desconocer los propios términos de la demanda y de la sentencia que se revisa, y en sostener que lo que se solicita es simplemente que se declare que exisitió una sociedad de hecho, y que ella debe disolverse. Es partiendo de ese supuesto como asegura que, para obtener tal decisión, en juicio no se necesita sino de la intervención del representante o gestor, desde luégo que no se afectan sino los derechos de la persona jurídica, sin tener en cuenta que las sociedades de hecho no son personas jurídicas.

Admitiendo, en gracia de discusión, que el concepto fuera jurídico, no advierte el señor apoderado que en el proceso está comprobado que el Gerente de la sociedad de hecho era el General Toribio Revera; de modo que habiendo muerto él antes de la iniciación de la litis, no podía prescindirse de hacer parte en ella a todos sus herederos, o en todo caso a los adjudicatarios de su herencia.

Si no puede remitirse a duda, que por regla general la sociedad se disuelve por la muerte de uno de los socios, regla mayormente aplicable a los que se forman de hecho, se colige que sería redundante y vacua la demanda encaminada a obtener la declaración de disolución de una sociedad en la cual ha muerto uno o dos de los socios, ya que este evento produce ipso facto la disolución cuando no hay—como no puede haberla en el punto en litigio—estipulación para que continúe con los herederos de los socios muertos. De modo que como los actores invocan en su apoyo lo dispuesto por el artículo 2083 del Código Civil, conforme al cual deben liquidarse las operaciones anteriores, desde que así lo solicite uno de los socios, esa decisión no puede dictarse sin la intervención de cuantos representan a los socios muertos, máxime cuando se piden otras declaraciones que los comprometen. Ese y no otro es el pensamiento del sentenciador, cuando conceptúa que se requiere el consentimiento, por lo menos en la **litiscontestatio**, para dar por terminado ese estado anormal de cosas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no hay mérito para casar la sentencia de cinco de diciembre de mil novecientos veintiocho, pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Neiva.

Las costas del recurso, tasadas en forma legla, son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre tres de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

En el juicio de separación de bienes que estableció la señora Juana María Gómez contra su marido señor Floro Sánchez, interpuso aquélla recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, el veintinueve de enero de mil novecientos treinta.

El Tribunal, previo avalúo de la acción, concedió el recurso, y el expediente fue recibido en la Secretaría de la Corte el once de julio próximo pasado.

El señor Secretario informa, con fecha de veintisiete de septiembre, que han transcurrido más de sesenta días hábiles, sin que ninguna de las partes haya suministrado papel para el repartimiento.

Es, por tanto, el caso de aplicar la disposición del artículo 122 de la Ley 105 de 1890; y así, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara ejecutoriada la expresada sentencia del Tribunal Superior de Medellín.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta providencia en la **Gaceta Judicial** y remítase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**José Miguel Arango—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre ocho de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor J. M. Arango).

Vistos:

Efraím Rendón demandó a Juan C. Medina para que se hicieran estas declaraciones:

"1º Que soy dueño, como propietario, de estos dos inmuebles:

"1º Un lote de terreno con casa de tapias y tejas, ubicado en la fracción de **Belén** de este Distrito, y alinderado así: 'por el frente, con la calle llamada **Callearriba**; por un costado, con propiedad de Hermenegildo Cuartas, y por el centro y el otro costado, con terrenos de Juan C. Medina.'

"2º Un lote de terreno situado en la misma fracción y Distrito, con esta ubicación: 'por el frente, con una calle

pública; por un costado, con finca de Antonio J. Alvarez e Isaac Taborda, y por el otro costado, con Antonio J. Alvarez (sic) y la calle pública.'

"2º Que, como dueño y propietario, soy el único que puedo poseer, ocupar, usar y disponer de los inmuebles de que trata el número anterior.

"3º Que como consecuencia de los dos numerales que preceden, el señor don Juan C. Medina, dentro del plazo que se determine en la sentencia, está en la obligación de entregarme los inmuebles en referencia, y ello porque los ocupa y posee sin razón legal suficiente y con perjuicios manifiestos para mis derechos de propietario.

"4º Que asímismo (sic) el señor don Juan C. Medina carece de todo derecho y razón legal para ejercitar en los expresados terrenos todo acto que implique ocupación, posesión, uso o disfrute a título de señor y dueño; y que, por consiguiente, está en el deber legal de cesar en el ejercicio de todos o cualquiera de esos actos.

"5º Que el señor don Juan C. Medina, además de la obligación de entregarme los inmuebles que reclamo, que él ocupa y que a mí me pertenecen, debe restituírme los frutos que haya obtenido de esos inmuebles, y no solamente esos, sino también todos aquellos que yo hubiera podido percibir teniendo los inmuebles en mi poder y con mediana inteligencia y actividad.

"Parágrafo. En subsidio de lo que pido en este numeral, y para el caso de que no se haga la declaratoria de restitución de frutos en la forma expuesta, solicito que esa restitución se concrete así:

"Que el señor Medina está en la obligación de restituírme todos los frutos que perciba de los inmuebles en cuestión desde esta fecha (fecha de la demanda) en adelante, así como también los que yo, teniéndolos, pudiera percibir con mediana inteligencia y cuidado; y

"6º Que el señor don Juan C. Medina, demandado, debe pagar las costas y costos de este juicio, si a él hubiere lugar, por el motivo, muy claro, de ser temeraria su resistencia."

El Juez ordenó:

"1º Que Efraím Rendón es dueño del inmueble o lote de terreno con casa de tapias y tejas, ubicado en la fracción de **Belén** de este Distrito, y alinderado así: por el frente con la calle llamada **Callearriba**; por un costado, con propiedad de Hermenegildo Cuartas, y por el centro y el otro costado, con terrenos de Juan C. Medina.

"2º Que dentro de tres días de notificada esta sentencia, Juan C. Medina debe entregar el inmuble a que se refiere el numeral anterior, al señor Efraím Rendón.

"3º Que el señor Medina está obligado a restituír al demandante los frutos naturales y civiles que haya producido el inmueble en referencia, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, desde la contestación de la demanda. El valor de estos frutos se estimará en juicio separado.

"4º Declárase probada la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, alegada por el demandado, en cuanto al bien alinderado en la demanda, así:

'b) Otro con la misma ubicación general, fracción de **Belén** de este Municipio, y alinderado así: por el frente, con una calle pública; por un costado, con finca de Antonio J. Alvarez e Isaac Taborda, y por el otro costado, con Antonio J. Alvarez (sic) y la calle pública.'

"5º No hay lugar a hacer las demás declaraciones pedidas en la demanda.

"6º Sin costas."

Ambas partes se alzaron para ante el Tribunal, y éste decidió:

"1º Revócanse los numerales 1º, 2º y 3º de la sentencia de veinticuatro de octubre de mil novecientos veintitrés, dictada por el señor Juez 3º Civil de este Circuito, y en su lugar se resuelve:

"Declárase probada la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, alegada por el demandado, en relación con el inmueble de que se habla en el numeral 2º de la demanda, bajo la letra a), o sea uno con casa de tapias y tejas, situado en la fracción de **Belén**, de este Municipio, alinderado así:

'Por el frente, con la calle llamada **Callearriba**; por un costado, con propiedad de Hermenegildo Cuartas, y por el centro y por el otro costado, con terrenos de Juan C. Medina.'

"2º Confírmanse los numerales 4º, 5º y 6º de la misma sentencia; y

"3º No se hace condenación en costas en esta instancia."

Efraím Rendón interpuso recurso de casación, que se estudia, por estar dentro de las normas legales.

La historia de este proceso puede compendiarse así: don Camilo Alvarez otorgó testamento verbal, que se ordenó tener como tál por providencia judicial. Con base en él se siguió el correspondiente juicio de sucesión, y en la partición se le adjudicaron al heredero Alejandro Alvarez los dos lotes de terreno de que trata el litigio.

Alvarez enajenó uno de esos lotes a Misael Restrepo por escritura número 1235, de quince de junio de mil novecientos cuatro (falta en los autos esta escritura). Restrepo lo traspasó a los señores Carlos Restrepo y Compañía, quienes, a su turno, se los volvieron a vender a Restrepo Misael por el instrumento número 977, de veintidós de febrero de mil novecientos once; éste a Antonio Alvarez, por escritura número 998, de veintiuno de julio de mil novecientos once, y éste lo enajenó al actual demandado Juan C. Medina, por escritura número 706, de nueve de junio de mil novecientos catorce. El otro lo vendió directamente a Medina por escritura número 970, de trece de mayo de mil novecientos cuatro.

Los herederos **ab intestato** del señor Alvarez demandaron en juicio ordinario la nulidad del testamento, y la nulidad de la partición y adjudicación de los bienes hereditarios, dirigiendo la acción contra los herederos testamentarios, entre los cuales figura el señor Alejandro Alvarez, causante del demandado Medina.

La demanda le fue notificada el día siete de mayo de mil novecientos cuatro, y después de esa notificación fue cuando enajenó los lotes que se le adjudicaron en la sucesión testada del señor Alvarez.

La demanda de nulidad prosperó. El Tribunal de Medellín, en sentencia de cuatro de mayo de mil novecientos diez, declaró nulo el testamento y la partición de los bienes hereditarios, sentencia que no infirmó la Corte Suprema.

Apoyados en este fallo, los herederos **ab intestato** promovieron el correspondiente juicio mortuorio, y en él se le adjudicó a Efraím Rendón uno de los lotes disputados y una parte del otro, y el resto en comunidad con él y el señor Teodosio Pabón, quien le vendió su parte a Rendón, viniendo a quedar éste dueño absoluto de ambos lotes.

Estos hechos aparecen demostrados en el informativo,

Relatado lo anterior, la Corte se ocupa en el recurso.

Como primer reparo se señalan como quebrantados los artículos 2528, 764, 766, numeral 3°, en relación con los artículos 1746 y 1748 del Código Civil, y 15 de la Ley 95 de 1890, por cuanto el Tribunal estimó, al fallar la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, que la posesión del demandado y de sus antecesores, era posesión regular que procedía de justo título, con fundamento en el inciso 2°, numeral 4°, del artículo 776 del Código Civil, que considera como justo título el decreto judicial que da la posesión efectiva de los bienes hereditarios al heredero putativo, sin reparar que el título no sólo de heredero putativo, sino de posesión efectiva de los bienes, habían sido anulados por la sentencia del Tribunal de Medellín, ya mencionada.

Para la Corte, prospera la acusación.

Cierto que el decreto judicial que da la posesión efectiva de los bienes hereditarios se considera como justo título, con el cual el heredero putativo puede prescribir en diez años; pero para que ello se efectúe, es indispensable que ese título exista jurídicamente, es decir, que él tenga fuerza a los ojos de la ley en el momento en que se haga valer, y esa condición no se llena al presente, porque cuando se hizo valer, ya había perdido su carácter de título, por haber sido anulado por sentencia judicial, y no sólo ese decreto de posesión efectiva de los bienes hereditarios, sino que el mismo carácter del señor Alejandro Alvarez, de heredero testamentario de don Camilo, había desaparecido por la nulidad del testamento.

El caso contemplado en el artículo 766, numeral 4°, última parte, acaece cuando el decreto de posesión subsiste jurídicamente, pues entonces viene la comparación de títulos, y se produce el fenómeno de la prescripción si desde la fecha del título del heredero putativo hasta el momento de la notificación de la demanda, han transcurrido diez años. Hay dos títulos, ambos válidos, opuestos el uno al otro, el del heredero putativo, decreto de posesión efectiva, y el del reivindicador. En el caso de la litis, uno de esos títulos ha dejado de tener vida jurídica, desde la sentencia de nulidad de la partición del as hereditario de don Camilo; no hay título, y no habiéndolo, falta un requisito esencial para la prescripción ordinaria.

Se recordará que en nuestra legislación no existe la formalidad del decreto judicial que dé la posesión efectiva de los bienes de la herencia, pero la jurisprudencia ha colmado el vacío, asimilándolo o equiparándolo a ciertos actos de procedimiento del juicio de sucesión que tengan semejanza con tal decreto, actos señalados por la Corte en su sentencia de quince de noviembre de mil ochocientos noventa y siete. Tomo XIII, página 164.

Ahora bien: esos actos que pudieran asimilarse al decreto de posesión efectiva, fueron anulados por la sentencia ameritada, de suerte que el señor Alejandro Alvarez no tenía ni tiene título alguno para ganar por prescripción adquisitiva ordinaria.

La acción consagrada por el artículo 1748 del Código Civil, se extiende a los terceros, salvas las excepciones legales, es decir, reza con todos aquellos que hayan adquirido la cosa de manos de la persona cuyo título de propiedad se haya anulado por sentencia firme, ya que entre las excepciones que comporta esa disposición no se hallan los terceros que hayan adquirido la cosa del heredero putativo.

No es el caso de entrar a estudiar si la disposición del artículo 1748 del Código Civil está limitada respecto de los terceros que hayan adquirido la cosa por prescripción ordinaria de diez años, cuando ese tracto se hubiera corrido entre la fecha del título putativo y la fecha de la sentencia de nulidad, ya que la demanda de nulidad se estableció en febrero de mil novecientos cuatro, y la sentencia aprobatoria se dictó el diez y siete de febrero de mil novecientos tres, y se registró el trece de marzo del mismo año.

Prosperando estos motivos de casación, habrá que casar la sentencia del Tribunal, y como lo dicho en casación es sustentáculo bastante para apoyar la de instancia, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha once de mayo de mil novecientos veinticinco.

Segundo. Revócase la sentencia de primera instancia.

Tercero. No está probada la excepción de prescripción alegada por el demandado.

Cuarto. El señor Efraím Rendón es dueño y propietario de estos dos inmuebles:

1° Un lote de terreno con casa de tapias y tejas, ubicado en la fracción de **Belén**, de este Distrito, y alinderado así: por el frente, con la calle llamada **Callearriba**; por un costado, con propiedad de Hermenegildo Cuartas, y por el centro y el otro costado, con terrenos de Juan C. Medina.

2° Un lote de terreno situado en la misma fracción y Distrito, con esta ubicación: por el frente, con una calle pública; por un costado, con finca de Antonio J. Alvarez e Isaac Taborda, y por el otro costado, con Antonio J. Alvarez y la calle pública.

Quinto. El señor Efraím Rendón, como dueño y propietario, es el único que puede poseer, ocupar, usar y disponer de los inmuebles de que trata el número anterior.

Sexto. El señor don Juan C. Medina está en la obligación de entregar al señor Efraím Rendón, dentro del término de seis días, contados desde la ejecutoria del auto en que el Juez ordene cumplir esta decisión, los inmuebles en referencia.

Séptimo. El demandado señor Medina restituirá los frutos que hayan producido los inmuebles, desde la notificación de la demanda en adelante, los cuales se fijarán en otro juicio.

Octavo. Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Juan E. Martínez.

Por no haber sido aceptado en su integridad el proyecto del señor Magistrado sustanciador, presenté un proyecto que no tuvo acogida en la Sala.

Allí decía que, en principio, no es admisible la aseveración del recurrente acerca de que si cuando es declarada una nulidad absoluta hay acción de restitución entre las partes y reivindicatoria contra terceros, estos dos efectos subsisten por el mismo lapso de la nulidad, es decir, por treinta años, porque sería inconsecuente e injusto el legislador al consagrar una acción de que son consecuencia la restitución y la reivindicación, si al se-

ñalar a aquella treinta años para su ejercicio, no diera a la restitución y a la reivindicación el mismo tiempo.

Observaba yo que también en el campo de los principios no podría acusarse de inconsecuente al legislador al admitir, de un lado, que la acción contra la nulidad absoluta dura treinta años y reconocer, de otro, algunas excepciones legales, como la prescripción ordinaria en ciertos casos, porque la retroactividad que se opera mediante la declaración de nulidad no ha de entenderse sino en cuanto sea conciliable con otros estatutos de derecho. En este mismo orden de ideas establece el artículo 1326 del Código Civil que el derecho de petición de herencia expira en treinta años, pero que el heredero putativo, en el caso final del artículo 766, puede alegar la prescripción decenal, contada como para la adquisición del dominio. Es que el legislador no ha podido menos de ver que la aplicación rigurosa de la retroactividad en los casos de resolución y nulidad, hiere a veces legítimos intereses de terceros y por esto ha reconocido prudentes temperamentos en la materia.

Cuanto a la violación del artículo 766, numeral 4° e inciso final, del Código Civil, decía que el título del señor Alejandro Alvarez no está colocado en el caso del numeral 3° de ese artículo, sino en el caso excepcional que contempla la parte última, que establece:

"Sin embargo, al heredero putativo, a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario, que haya sido judicialmente reconocido."

Si Alvarez tenía justo título (el excepcional de que acaba de hablarse) y la posesión material de los bienes mediante la partición y la sentencia aprobatoria, habría podido prescribir contra los verdaderos herederos del señor Camilo Alvarez, por el transcurso de diez años, si durante ellos no se hubiera pronunciado la anulación del testamento verbal y la partición. El Tribunal, partiendo de esta base, consideró que el señor Alvarez pudo transmitir el bien o los bienes a los compradores, a quienes, obrando de buena fe y también con título justo, les era dable prescribir. ¿Qué efectos produjo la sentencia de anulación respecto de los adquirentes de Alvarez? Aquí se halla lo grave del asunto; pero en mi proyecto estimaba que, tratándose de un caso excepcional (el de admitir la ley como justo el título de heredero putativo), a esos adquirentes no los afectó la anulación, por tener ellos título justo y buena fe, y porque hay casos (pudiendo sostenerse con motivos de mucha probabilidad que el actual es uno de ellos) en que la prescripción ordinaria es oponible a la acción reivindicatoria derivada de la declaración de una nulidad.

De acuerdo con estos puntos de vista se sostenía en mi proyecto la sentencia recurrida, en cuanto declaraba la prescripción del lote vendido por Alvarez al señor Medina. Respecto del otro lote se decretaba la reivindicación, por no haber acreditado el demandado la posesión regular por diez años. No se trajo a los autos la escritura otorgada por Alejandro Alvarez a Misael Restrepo, y la otorgada por éste a Carlos Restrepo y Compañía está mal registrada (en el libro 2°, cuando debió haberlo sido en el 1°), y a ella no se le puede reconocer fe probatoria sin quebrantar el artículo 2673 del Código Civil; por tanto, la posesión del señor Medina sólo era dable computarla desde el registro de la escritura número 977, de veintidós de julio de mil novecientos once, sobre venta de Carlos Restrepo y Compañía a Misael Restrepo. Contada la posesión desde tal fecha hasta aquella en que se le notificó la demanda al opositor (seis de diciembre de mil novecientos diez y nueve), no van corridos diez años.

Tales son las conclusiones a que llegué en este negocio, que, por lo delicado, mereció sostenida atención de la Corte en repetidas sesiones; y como persevero en ellas, respetuosamente me aparto de la sentencia en lo pertinente.

Bogotá, octubre ocho de mil novecientos treinta.

Juan E. Martínez—Nannetti—Arango—Méndez—Jiménez—Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

El apoderado del señor Francisco Gaona, quien representa a su esposa Belén Gaona, interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja, el treinta y uno de enero de este año, en el juicio instaurado por el expresado señor Gaona, contra Patricio Caro, sobre nulidad por simulación y rescisión por lesión enorme, en subsidio, del contrato de compraventa, contenido en la escritura número quinientos cuarenta y tres, de quince de julio de mil novecientos veintiséis, otorgada en la Notaría de Ramiriquí.

Ante el Tribunal no fue fundado el recurso, y concedido que fue, ante la Corte, se dio traslado por el término de treinta días para que el recurrente hiciera uso de su derecho; pero ese término corrió sin que presentara demanda de casación.

Por tanto, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 90 de 1920, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de que se ha hecho mérito.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan N. Méndez—Juan E. Martínez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de junio último.

En Bogotá, a primero de julio de mil novecientos treinta y dos, se presentó en la Secretaría de la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de junio último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones que hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	119
Entrados en el mes	32
Total	151

Estos negocios se hallan:

Abandonados por las partes	19
Devueltos a los Tribunales	25
En comisión	11
Archivados	4
En poder del Procurador	3
Con proyecto	4
Al estudio	2
En actuación	83
Total	151
De este total se deducen 25 devueltos a los Tribunales y 4 archivados	29
Quedan pendientes	122

En el tiempo a que se contrae la visita, se dictaron nueve sentencias y veinticuatro autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor Cárdenas, 10; el doctor González Torres, 15, y el doctor Trujillo Arroyo, 11.

El Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, M. Galvis R.

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de julio último.

En Bogotá, a primero de agosto de mil novecientos treinta y dos, se presentó en la Secretaría de la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de julio último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones que hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	122
Entrados en el mes	24
Total	146

Estos negocios se hallan:

Abandonados por las partes	19
Devueltos a los Tribunales	24
En comisión	10
Archivados	2
En poder del Procurador	3
Con proyecto	5
Al estudio	1
Traslados a particulares	2
En actuación	80
Total	146
De este total se deducen 24 devueltos a los Tribunales y 3 archivados	27
Quedan pendientes	119

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron seis sentencias y diez y nueve autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar así: el doctor Cárdenas 7; el doctor González, 12, y el doctor Trujillo, 11.

Se ordenó reclamar los siguientes asuntos: el sumario contra los miembros del Consejo Electoral, al Juez 3° Superior de esta ciudad; el oficio número 39, referente al sumario contra Leonardo Garcés Sinisterra, al Tribunal Superior de Buga; el oficio número 196, referente a Delfín Alarcón, al Juez 2° del Circuito de Garzón; el despacho número 25, en el sumario contra el doctor Antonio Rocha, al Juez 3° del Circuito en lo Criminal de Ibagué, y el sumario contra Luis Eduardo Robledo, al Tribunal Superior de Manizales.

Sin observaciones y sin haber encontrado demoras en el despacho de los señores Magistrado ni en la Secretaría, se dio por terminada la visita, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, M. Galvis R.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos treinta.

(Magistrado sustanciador, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

A diez y ocho años de presidio y a las penas accesorias fue condenado Luis López, como responsable del doble delito de homicidio, en sentencia del Juez 1° Superior de Bucaramanga, que confirmó el Tribunal del mismo Distrito Judicial en la de quince de febrero del corriente año.

Contra esta sentencia ha interpuesto recurso de casación, en tiempo oportuno, el procesado, y como están ya cumplidas todas las formalidades legales, sin que el recurrente haya hecho uso del derecho de alegar ante la Corte, pasa ella a resolverlo, mediante las consideraciones que surgen del escrito presentado al Tribunal que concedió el recurso y de las disposiciones en él invocadas, teniendo a la vista las piezas del proceso.

Regresaron una tarde de sus trabajos agrícolas los hermanos Israel y Foción Aguilera a la casa donde habitaban, en un sitio del Municipio de Girón, penetraron a su dormitorio, y se disponían a cambiar de vestido, cuando el muchacho Guillermo López se dio a la tarea de molestarlos, abriendo y cerrando una puerta del aposento, por lo cual uno de ellos le indicó que suspendiera aquella broma. Entonces Luis López, padre del muchacho, que se hallaba cerca, lanzó a los Aguileras algún grave insulto; penetró con revólver en mano, y sin ninguna agresión ni provocación de parte de éstos, disparó primero sobre Israel y luégo sobre Foción, causándoles heridas que determinaron la muerte de ambos en las primeras horas del día siguiente.

Para sentenciar a López como reo de homicidio simplemente voluntario, y para condenarlo a nueve años de presidio por cada delito, tuvo el Juez de Bucaramanga en cuenta lo dispuesto sobre la materia por el artículo 587 en relación con el 600 del Código Penal, ya que el veredicto del Jurado había sido únicamente condenatorio, y para calificar la delincuencia en grado medio, se basó en la concurrencia de las circunstancias que señalan los artículos 123 y 124 de la misma obra.

Esta calificación del delito en segundo grado es lo que el recurrente impugna en la sentencia del Tribunal de Bucaramanga, y para pedir su infirmación invoca la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, que consiste en ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ella o por aplicación errónea de una disposición de esa misma Ley.

Dice la sentencia acusada:

"Obró bien el Jurado al descartar la premeditación, pues nada hay en el proceso que sirva para sustentarla, siquiera en forma vaga; e hizo bien en señalar afirmativamente las agravantes de alevosía, sorpresa e indefensión, porque tales circunstancias resaltan en la consideración que el Jurado pudo tomar como base de su veredicto. López agredió repentinamente a los Aguileras en momentos en que éstos se hallaban desarmados y desprevenidos."

Y más adelante:

"La calificación de la delincuencia procede en grado medio, porque junto a las agravantes indicadas en el veredicto, está la atenuante de la buena conducta anterior del reo, que se presume en su carencia de pasado judicial."

De estos párrafos de la sentencia toma pie el recurrente para afirmar que hay en ella mala interpretación de la ley penal, por cuanto sienta como fundamento del grado de la delincuencia la respuesta del Jurado al cuestionario propuesto por el Juez Superior, siendo así que no corresponde la graduación de la delincuencia a los Jueces de hecho sino a los Jueces de derecho, luego al tomar como base para la sentencia las circunstancias agravantes señaladas en el veredicto, interpretó mal el Tribunal de Bucaramanga, en sentir del recurrente, la disposición del artículo 120 del Código citado, que dice al final:

".... los Jueces, cuando declaren el delito, deberán declarar también el grado."

Y aquí afirma el recurrente que el Tribunal ha confundido los Jueces de **hecho** con los Jueces de **derecho**, y así se ha basado en una declaración que no correspondía hacer a los primeros, interpretando erróneamente lo disposición transcrita.

Cierto es que el Jurado, en sendos veredictos y por unanimidad de votos, descartó la premeditación, y contestó afirmativamente con respecto a ambos delitos, el hecho de la responsabilidad de López, quien obró, dice el cuestionario, "voluntariamente, con intención homicida, con alevosía y sorprendiendo a la víctima desapercibida e indefensa."

Esto fue lo que se preguntó al Jurado, y esto fue lo que contestó afirmativamente, pudiendo haber hecho uso de la amplia facultad que le da la ley para modificar o reducir el cuestionario, cuya solución viene a ser generalmente el molde para la sentencia definitiva. El Jurado no hizo ni podía hacer la graduación del delito, sino que consignó como probados, en su concepto, ciertos hechos o circunstancias fundamentales para esa calificación de la delincuencia, que hizo el Juez de primera instancia en su fallo, después de estudiar detenidamente los autos, como los había estudiado para el auto de proceder. En la sentencia definitiva dice:

"Abonan a López su buena conducta anterior, el haber esperado a las autoridades para hacerse presente a ellas y ser la primera vez que se le juzga. En cambio, se tienen en su contra, la alarma que causó el delito, la crueldad y violencia contra las víctimas, y las demás agravantes establecidas por el Jurado.

"De consiguiente, agrega, haciendo aplicación de lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley Penal, debe dejarse la delincuencia colocada entre el máximum y el mínimum."

El fallo en que se hacen estas declaraciones fue aprobado por el Tribunal, luego no puede decirse que para calificar y graduar la delincuencia tuviera esa Superioridad solamente en cuenta el veredicto del Jurado, sino que hizo a él referencia, sin rechazar las pruebas que arroja el sumario sobre circunstancias atenuantes y agravantes, ni lo dicho sobre el particular en la sentencia de primera instancia.

Existe en el expediente la prueba de otras agravantes no enunciadas en el veredicto, como el alarma, la crueldad y la violencia de que hablan los incisos 1º y 3º del artículo 117 del Código Penal, y la frecuencia de los delitos de sangre en esa región, de modo que ha podido prescindirse de lo dicho en el veredicto para graduar la delincuencia del reo, dada la existencia de circunstancias agravantes y de las atenuantes que concurrieron en el delito por él perpetrado.

De lo expuesto se desprende que no ha habido interpretación errónea del artículo 120 del Código Penal, en la sentencia materia del recurso.

Insistiendo el recurrente en ese supuesto error del Tribunal, dice que de él se derivó otro, consistente en aplicar al caso de autos el artículo 123 del Código Penal, cuya última parte impone la calificación en segundo grado, siendo así que ha debido aplicarse, a juicio del recurrente, el mismo artículo, en la parte que prescribe la calificación en tercer grado, cuando hay circunstancias atenuantes y ninguna agravante.

Ya se ha visto que el Juez de la causa hizo la calificación en grado medio, y esto lo aprobó el Tribunal, porque halló de un lado la buena conducta anterior del reo, y del otro, agregadas a la voluntad o intención homicida, la alevosía, la sorpresa a las víctimas indefensas y desapercibidas, la alarma que causó el delito, la crueldad y violencia contra los agredidos, a quienes no se halló arma ninguna, ni la había por ahí cerca, ni ellos pronunciaron palabras capaces de enardecer al agresor, hasta el punto de quitarles la vida uno a uno, sin darles tiempo de ponerse en salvo. Todo ello está suficientemente comprobado en el expediente con declaraciones que la defensa no ha logrado desvanecer, para lograr la calificación del delito en tercer grado.

Por último, el recurrente supone que los Aguileras llevaban cuchillos al cinto, en su condición de labradores, que tuvieron tiempo de aprestarse a la defensa, que provocaron de algún modo a López, y otras circunstancias atenuantes de que no hay siquiera un indicio, y sí, por el contrario, prueba suficiente de que no concurrió ninguna de ellas en el ataque, inesperado y rápido, que puso fin a dos vidas en el promedio de su existencia.

De lo dicho se deduce que no hubo en la sentencia recurrida violación del artículo 123 del Código Penal, y que la calificación del homicidio, hecha de acuerdo con él y con las pruebas del proceso, es legal y justa.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **declara, de acuerdo** con el concepto del señor Procurador General de la Nación, que no hay lugar a infirmar la sentencia proferida

por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio seguido a Luis López por doble homicidio, con fecha quince de febrero del corriente año.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Parmenio Cárdenas, en el fallo anterior.

Estoy de acuerdo con la parte resolutiva del fallo anterior, pero no con algunos fundamentos que se exponen en la parte motiva.

El recurrente, con acierto indiscutible, ataca la sentencia del Tribunal, en cuanto en ella sólo se tuvo en cuenta para calificar la responsabilidad en segundo grado la contestación afirmativa que el Jurado dio al cuestionario que se le presentó sobre circunstancias de asesinato, no obstante haber descartado la premeditación.

Ese error jurídico es manifiesto, y así ha debido reconocerse, con el fin de uniformar la jurisprudencia, objeto primordial de la casación. En relación con este punto dijo la Corte lo siguiente, que aparece publicado en la **Gaceta Judicial** número 1820, de mayo seis del presente año, doctrina reproducida muy recientemente en fallo de esta misma fecha, en la casación de Silvia de las Mercedes Vaca y Ludovina Montañés:

"Se acepta también que de acuerdo con nuestra legislación, al Jurado no le corresponde la declaratoria de circunstancias agravantes o atenuantes, pues su reconocimiento es de la exclusiva competencia del Juez de derecho, que le sirve como criterio y guía para fijar el grado de responsabilidad; pues es a éste a quien corresponde, con independencia del Jurado, apreciar esas circunstancias y tenerlas en cuenta, cualquiera que haya sido la contestación del Jurado sobre ellas. Así, en el presente caso bien habría podido el Juez estimar las circunstancias agravantes que menciona en su sentencia, aun cuando el Jurado hubiera negado el segundo cuestionario, o reconocer unas distintas de las que contiene el veredicto. Lo único importante en relación con esta materia, consiste en que exista en el expediente la plena comprobación de las circunstancias agravantes que se aduzcan en la sentencia."

En el fallo en cuestión parece que se desconociera la doctrina anterior; pues luégo de afirmar que el "Jurado no hizo ni podía hacer la gradación del delito," se acepta que no hizo sino consignar "como comprobados en su concepto ciertos hechos o circunstancias fundamentales para esa calificación de esa delincuencia."

Los hechos o circunstancias fundamentales para la calificación de la delincuencia, es decir, para la fijación del grado, no dependen, no pueden depender, como se ha visto de lo que diga el Jurado; es esa una atribución propia del Juez de derecho, que la ejercita teniendo en cuenta únicamente las pruebas que contenga el proceso.

Aun cuando para mí es patente el desacierto del Tribunal, no obstante, la calificación de la responsabilidad en el segundo grado es fundada por diferentes motivos, o sea por concurrir varias circunstancias agravantes comprobadas en el proceso, lo que hace innecesaria la casación del fallo, en armonía con lo dispuesto por el inciso último del artículo 12 de la Ley 90 de 1920, que por analogía debe aplicarse a la materia penal, lo que ha debido expresarse con toda claridad, pues decir únicamente, como consta en el fallo, que existen en el expediente "la prueba de otras agravantes no enunciadas en el veredicto," es equiparar la casación a la instancia, en donde el juzgador tiene esa libertad de apreciación.

Tampoco encuentro que sea suficiente acerca de la existencia de esas otras agravantes—"como el alarma, la crueldad y la violencia, de que hablan los incisos 1º y 3º del artículo 117 del Código Penal"—enumeradas simplemente, sino que era necesario respaldar esa afirmación con citas probatorias, pues de lo contrario se desconoce lo que se ha dicho repetidas veces, o sea que en relación con las agravantes, lo único importante es que tengan "en el expediente la plena comprobación." ¿En dónde está indicada esta plena demostración en el fallo? Es cuestión que no la encuentro.

El recurrente presenta un aspecto importante en su alegato, que no fue materia de estudio en el fallo, o sea que no hay en realidad pluralidad de circunstancias agravantes, aun admitiendo que tengan tal carácter las deducidas por el Jurado, porque la indefensión de que allí se habla, es apenas una de las formas de alevosía, pero no pueden considerarse como distintas, dados los términos en que está concebido el numeral 3º del artículo 586 del Código Penal, pues que sería tanto como decir:

"Conozco tres países de la América del Sur: Perú, Argentina y América."

No sólo se omitió estudiar esta tacha, con la cual estoy de acuerdo, sino que, a mi juicio, se incurrió en el mismo error al enumerar como circunstancias de agravación distintas la alevosía y la sorpresa "a las víctimas indefensas y desapercibidas"; como también se ha incluído equivocadamente entre esas agravantes la voluntad homicida, que no tiene, que no puede tener jamás, ese carácter, sino el de elemento constitutivo del delito, sin el cual éste no podría considerarse como tál.

Las agravantes que el suscrito ha encontrado para conservar la calificación de la delincuencia en el segundo grado, y para llegar, por diferentes motivos, a esa conclusión, y por consiguiente, a la no infirmación del fallo del Tribunal, son las siguientes:

Primera. El mayor perjuicio causado con la comisión del delito. Prueba: fueron dos vidas las sacrificadas sin motivo alguno, las de dos trabajadores, elementos útiles para la sociedad (ordinal 1º, artículo 117, del Código Penal).

Segunda. La indefensión en que se encontraban las víctimas cuando fueron atacadas con revólver en mano por el procesado. Prueba: las exposiciones sencillas y acordes que los ofendidos alcanzaron a hacer a la autoridad, confirmadas en otras cosas con el dicho de los testigos Domingo Serrano y Adela Torres, folios 17 y 18 del cuaderno principal.

De todo eso se deduce que por un motivo baladí, Luis López penetró, con revólver en mano, a la pieza donde tranquilamente se encontraban los hermanos Aguileras, y sin que mediara provocación alguna por parte de éstos, disparó primero sobre el uno y luégo sobre el otro, causándoles heridas que les produjeron la muerte al día siguiente.

El recurrente sostiene que los ofendidos tenían cuchillo, pero basado en simples suposiciones, que no tienen la menor justificación en los autos.

Bogotá, septiembre seis de mil novecientos treinta.

Parmenio Cárdenas—Trujillo Arroyo—González Torres. Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, septiembre trece de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

En la noche transcurrida del seis al siete de abril de mil novecientos veintiocho y en la quinta de **Villa Anita**, ubicada en el barrio de San Cristóbal, de esta ciudad, dormía el señor Domingo E. Alvarez con su esposa doña Mercedes Santamaría de Alvarez, cuando el sueño de esta señora fue interrumpido por un ruidito, al parecer causado por los ratones, acompañado por los reflejos de una luz que se proyectaba a intervalos sobre un espejo situado en la alcoba, frente a la cama. En los primeros momentos no encontró la señora fundados motivos de alarma, pero como luego se sucedieran nuevos reflejos, interesada su atención miró hacia la habitación contigua, la sala de la casa, de donde emanaba la luz, y como advirtiera la presencia de un hombre, despertó a su marido avisándole que un ladrón estaba en la sala. Inmediatamente se levantó don Domingo y se dirigió a la sala en busca del intruso, pero éste en lugar de retroceder o de buscar la fuga, con la mano armada de revólver se abalanzó sobre el señor Alvarez, y después de una lucha de momentos cayó muerto el dueño de casa, atravesada la cabeza de un balazo.

Adelantado el sumario, después de seguir inútilmente varias pistas las autoridades de Policía, vino a descubrirse con entera claridad al autor del delito, Andrés Alexis Arjac, y a su auxiliador, quien dijo llamarse Maurice Guenot. Y pasado el asunto a conocimiento del Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha once de febrero de mil novecientos veintinueve se abrió contra los sindicados el correspondiente juicio criminal con intervención del Jurado, a cuya decisión se sometió el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Andrés Alexis Arjac es responsable, sí o nó, de haber dado muerte voluntariamente a Domingo E. Alvarez, por medio de disparo de arma de fuego (revólver), hecho ocurrido en la noche del seis al siete de abril de mil novecientos veintiocho, en la quinta **Villa Anita**, en el barrio de San Cristóbal, de esta ciudad?"

El Jurado contestó: "Sí es responsable."

"¿El acusado Maurice Guenot es responsable de la muerte dada voluntariamente a Domingo E. Alvarez, en concurso con Andrés Alexis Arjac, por medio de un disparo de arma de fuego (revólver), hecho ocurrido en la noche del seis al siete de abril de mil novecientos veintiocho, en la quinta **Villa Anita**, en el barrio de San Cristóbal, de esta ciudad?"

El Jurado respondió: "Sí, pero solamente de haber facilitado la comisión del delito acompañando voluntariamente al que lo ejecutó, sirviéndole de espía o centinela y resguardándolo espontáneamente y a sabiendas en el acto de la ejecución."

En acatamiento al veredicto, el Juzgado 1º Superior profirió sentencia con fecha veinte de junio de mil novecientos veintinueve, en la cual condena a Andrés Alexis Arjac como autor responsable en segundo grado de homicidio voluntario a la persona del señor Domingo E. Alvarez, a la pena de nueve años de presidio y sus accesorias, con aplicación del artículo 600 del Código Penal, y a Maurice Guenot, a la de cinco años y tres meses de presidio, y sus accesorias, en calidad de auxiliador del mismo delito y previa calificación de su delincuencia en segundo grado. Esta sentencia la confirmó el Tribunal Superior el 26 de septiembre del mismo año de 1929.

Contra el fallo de segunda instancia y en tiempo hábil, los procesados y sus defensores interpusieron recurso de casación invocando las causales 2ª y 3ª consagradas por el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, recurso que, por estar sustentado con los requisitos de forma necesarios, es admisible para estudio de fondo en lo tocante al procesado Arjac. No así respecto de Guenot, porque en su caso no hay lugar a casación, conforme a lo prevenido por el artículo 1º de la citada Ley 78 de 1923, ya que se le impuso una pena menor de seis años de presidio, y además porque su responsabilidad es individual e independiente de la que corresponde al autor principal del delito, pues si se tiene en cuenta el monto de la sanción impuesta a éste, es únicamente para fijar la duración y calidad de la pena que deba sufrir el auxiliador. Así, pues, el recurso interpuesto por Guenot es inadmisible, aunque el Tribunal lo haya concedido sin distingos de ninguna clase.

En la demanda formulada ante la Corte dentro del respectivo término por el representante de Arjac, se invoca ante todo la causal 1ª de casación, pero como la segunda de ellas se refiere a vicios de nulidad en lo actuado, es el caso de estudiarla en primer término.

El primer motivo en que viene apoyada la causal 2ª, consiste en alegar que el proceso se halla viciado de nulidad sustancial, según el ordinal 3º, artículo 264, Ley 57 de 1887, por cuanto la notificación personal a los acusados del auto de proceder se hizo sin la asistencia de intérprete, que, en sentir del apoderado, se exige para tales casos por el artículo 18 de la Ley 104 de 1922, pues afirma que no conociendo el acusado el idioma castellano, no pudo darse cuenta de una manera personal y directa de los cargos contenidos en el enjuiciamiento, y que, por lo mismo, no pudo tampoco sentir la responsabilidad que allí se le imputa, sin que este vacío que se alega pueda ser colmado por la notificación personal de ese mismo auto al defensor, en cuanto la conciencia de la responsabilidad o de la inocencia es estrictamente individual y no comunicable y mucho menos reemplazable, dice la demanda.

Para resolver, se considera:

Dispone el artículo 18 de la Ley 104 de 1922 que "si el interrogado no entendiere el idioma nacional, será examinado por intermedio de un intérprete que prestará juramento de conducirse bien y fielmente en el desempeño de su cargo." El sentido natural y obvio de esta disposición está indicando claramente que el intérprete sólo es necesario cuando se trata de interrogar a alguna persona que sin poseer el idioma nacional, deba rendir declaración dentro del proceso, caso que no puede equipararse con el de una notificación personal.

Es cierto que el auto de proceder es de trascendental importancia en los procesos criminales, comoquiera que allí se concretan y puntualizan contra el acusado los cargos emanados del informativo y señala el momento en que el juicio principia y en que la defensa propiamente dicha debe iniciarse, y por eso quiere la ley que la notificación sea personal, pero no exige que sea hecha con asistencia de intérprete en casos como el de que se trata,

porque entonces el defensor está en la obligación de hacerle saber a su cliente el contenido y el alcance del enjuiciamiento, cosa que no sucede en el acto de declarar, que es por naturaleza personalísimo; y es claro que si se trata de la indagatoria, solamente el sindicado puede confesar su delito, o bien, afirmar su inocencia y presentar descargos.

En el caso de autos, al folio 7º, cuaderno 2º, se encuentra la diligencia de notificación personal del auto de proceder a los acusados, y consta allí que Arjac solicitó se le nombrara por el Juzgado un defensor de oficio, como en efecto se le nombró. Consta también que personalmente apeló para ante el superior de ese mismo auto de proceder y que luégo, en memorial suscrito por él, desistió de tal recurso. Esto demuestra que Arjac, bien por tener algún conocimiento del idioma castellano, o por haberse valido de cualquier medio para entender la providencia que se le notificaba, logró enterarse de su contenido, o al menos, darse cuenta cabal de su significación o alcance, puesto que allí mismo dio pasos conducentes y efectivos a su defensa dentro del plenario, en la cual, como consta de autos, se han agotado todos los recursos hasta el punto de que no sería posible sostener que fue incompleta la defensa. Es de presumir, entonces, que el defensor cumplió con aquella obligación primordial.

Además, si en concepto de la defensa el proceso estaba viciado de nulidad por el motivo apuntado, se ha debido reclamar oportunamente, tal como lo dispone la segunda parte del ordinal 3º citado, y no reservarlo como argumento de última hora, e inadmisible por las consideraciones que quedan hechas.

Un segundo motivo de la causal 2ª consiste en la alegación de que no se les notificó personalmente a los acusados el auto en que se señaló fecha y hora para el sorteo de Jurados, por cuanto en el acto de la notificación no fueron acompañados por un intérprete, y que, por lo mismo, tampoco asistieron **moral y volitivamente** a ese acto para hacer uso del derecho de recusar.

Para decidir sobre este punto, a las razones que quedan aducidas debe agregarse la constancia que aparece en el expediente sobre la notificación personal del auto de que se trata, tanto a los acusados como a su respectivo defensor, y también la asistencia de todos ellos al sorteo de Jurados, donde aparece que cada uno de los procesados, de acuerdo con su respectivo defensor, hizo uso del derecho de recusación, diligencia suscrita con todos los caracteres de la autenticidad por las personas que en ella intervinieron. De suerte que, si con toda plenitud se llenaron en esa oportunidad todos los requisitos y se otorgaron todas las garantías legales a la defensa, viene a ser infundada a todas luces la alegación que se considera.

El tercer motivo de la causal 2ª viene expuesto en la demanda así:

"El ordinal 3º del mismo artículo (265, Ley 57 de 1887), establece como causal de nulidad el que entre el Jurado haya algún miembro que no reúna las cualidades necesarias para desempeñar ese cargo. Y el artículo 277 de la misma Ley (57 de 87), dice que serán declarados impedidos los designados comprendidos en los casos del artículo 243 ibidem. Este dice que es impedimento para desempeñar el cargo de Jurado en una causa determinada, el haber **patrocinado** al denunciante.

"Pues bien. El señor Oliverio Perry, redactor de **El Tiempo**, diario matinal de Bogotá, declaró oportunamente que él había prejuzgado automáticamente en este asunto por haber tomado parte muy directa en la relación de los hechos juzgados, allá cuando sucedieron.

"Nosotros decimos más: el señor Oliverio Perry, como autor de aquellas narraciones periodísticas (las que en buen número se encuentran en la causa o proceso), patrocinó al denunciante de los hechos, la señora Mercedes de Alvarez, y al denunciante de los dos actuales sindicados, señor Gastón Potier. Para salir verdaderos, basta que el criterio jurídico de la honorable Corte pondere el significado y el tenor de semejantes narraciones.

"Pero haciendo caso omiso de esto, la sola manifestación de prejuzgamiento automático que el señor Perry hizo ante el Juez de la causa, era más que suficiente para ver en ella la ausencia de la más preciosa cualidad que deben tener todos los miembros del Jurado: la **imparcialidad**.....

"Todos los casos de impedimento enumerados en la disposición del artículo 243 de la Ley 57 de 1887, dicen relación a la **imparcialidad** de las conciencias que en el Jurado se agrupan para sentir y calificar los hechos justiciables ante él; y ante la luz inextinguible de la filosofía jurídica y de la más estricta hermenéutica forense, hay que concluír que si el ordinal 3º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887 contempla las cualidades de la vecindad, saber leer y escribir, **probidad**, ilustración e independencia, está contemplando por eso mismo **imparcialidad**, ya que todo lo que la afecta, afecta necesariamente la probidad del designado.

"Pero así no lo entendió el honorable Tribunal y pronunció la sentencia recurrida.

"Ahora; no se puede decir que ese allanamiento le corresponde al Juez de derecho, porque aun cuando él puede resolver sobre impedimentos, según lo dispone el artículo 281 ibídem, esa facultad se refiere al aspecto demostrativo de impedimento declarado, no al hecho de su existencia en sí o como fenómeno interno del individuo que lo declara; ello equivaldría a confundir los intereses **inalienables e inconfundibles** del procesado con el criterio del Juez, lo cual, aun en la forma de una suposición, corroe y martiriza el sentimiento moral y jurídico menos avanzado."

Para resolver, se considera:

Según el artículo 265 de la Ley 57 de 1887, en su ordinal 3º, es causa de nulidad en los negocios en que interviene el Jurado, "figurar en la lista que se presente a las partes, para que hagan uso del derecho de recusar, alguna persona que no pertenezca a la lista de designados, o que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar ese cargo." La demanda alega que el señor Oliverio Perry estaba impedido para ser Jurado en esta causa, por haber **patrocinado** en su calidad de redactor de **El Tiempo**, al denunciante de los hechos, la señora viuda de Alvarez, y al denunciante de los procesados, señor Gastón Potier; diario aquél que en sus informaciones escritas por el mismo señor Perry en su mayor parte, se ocupó por extenso del crimen de **Villa Anita**, a raíz de los acontecimientos, circunstancia que el mismo señor Perry puso en conocimiento del Juez en memorial donde manifiesta haber prejuzgado **automáticamente** la cuestión debatida en el juicio.

Si se examina el punto propuesto con el cuidado que el caso requiere, a la luz de las disposiciones legales que rigen la materia y sobre la base de las constancias procesales, se llega nítidamente a la conclusión de que el señor Perry, lejos de afectarlo tacha alguna, es persona abonada plenamente por su rectitud, por su delicadeza y alta honorabilidad para desempeñar serena y dignamente el cargo de Jurado en el presente juicio.

No está en lo cierto la demanda, sobre el impedimento, pues de ninguna manera se halla demostrado en los autos que el señor Perry **patrocinara** a la señora de Alvarez o al señor Gastón Potier, a quienes se les atribuye el papel de denunciantes, de manera impropia, por cuanto la investigación se inició enteramente de oficio, como puede verse al folio 1°, cuaderno 1°, aunque las declaraciones de una y otra persona tengan gran valor en el juicio. Y si es cierto que el señor Perry desempeñó un papel muy importante en la investigación reporteril levantada por **El Tiempo** con motivo del pavoroso crimen de **Villa Anita**, que con razón alarmó profundamente a la sociedad, mal podría decirse que por ello **patrocinara** a las personas que la demanda de casación considera inexactamente como denunciantes, sino que como vocero de la prensa periódica procuró aportar luces en pro de los intereses inmanentes de la justicia, mediante datos y opiniones sujetas naturalmente a la rectificación procesal, conclusión que no puede ni podría destruírse por medio de sugestiones más o menos veladas contra la honorabilidad de personas dignas y respetables por muchos títulos, como las que se emplearon contra la señora viuda de Alvarez, en quien se encarna el tipo de la verdadera matrona cristiana, de linaje esclarecido y tanto más digna de respeto cuanto mayor es la pesadumbre que la abruma por la pérdida sobremanera injusta e inesperada de su esposo y el estado de debilidad e indefensión en que vino a quedar.

No patrocinó, pues, el señor Perry a denunciante alguno, y por ello no está comprendido en el ordinal 2°, artículo 243, de la Ley 57 de 1887, ni lo afectaba el impedimento de que allí se trata para servir de Jurado en esta causa, como lo alega la demanda.

Ni tampoco se le puede tachar por falta de imparcialidad por cuanto en memorial dirigido al Juez de la causa manifestara el señor Perry el escrúpulo de que por el hecho de haber intervenido en los relatos de prensa como repórter de **El Tiempo**, ya tenía prejuzgada la cuestión; pues de ninguna manera es posible confundir los datos recogidos por aquel periódico con motivo del crimen de **Villa Anita**, por muy completos que se les considere y cualesquiera que fueran los comentarios al respecto—acopiados los unos y escritos los otros para información o lectura del público en general—con las pruebas del proceso y con las providencias calificadoras de ellas conforme a las leyes de la República y por las autoridades encargadas de desempeñar los primordiales y elevados fines de la defensa social.

Aquel escrito del señor Perry, en que por una exquisita delicadeza de conciencia y serenidad de espíritu, se declaró como impedido para conocer de este negocio, demuestra por sí mismo la probidad y completa escrupulosidad de su conciencia, de esa misma conciencia que actuó en compañía de la de otros cuatro caballeros honorabilísimos (señores José Jesús Robledo, Andrés Vargas V., Luis Borrero M. y Félix Saiz), como Juez de hecho en la presente causa, profiriendo unánimes el veredicto condenatorio, no ya sobre la base de informaciones producidas por la prensa, sino a la luz de las probanzas procesales y bajo la religión del juramento que a todos ellos ligaba.

Esa conciencia escrupulosa del señor Perry, esa pulcritud en su proceder, lejos de merecerle, como se pretende, una descalificación como ciudadano probo para formar parte de un tribunal de conciencia, lo enaltece y garantiza como un elemento de alta integridad moral; y es seguro que una personalidad de esos quilates, si al estudiar el proceso hallara alguna duda siquiera sobre la culpabilidad del acusado, no vacilaría en votar negativamente el cuestionario, rectificando cualquier concepto suyo anterior extrajuicio, porque ese es el proceder de un hombre honrado, y Perry ha demostrado serlo.

No solamente la circunstancia que puso en conocimiento del Juez el designado señor Oliverio Perry para eximirse de servir el cargo de Jurado, no puede considerarse como impedimento legal, sino que aún más, no constituye siquiera causa de excusa para desempeñar un cargo de aceptación forzosa, como lo dispone el artículo 240 de la citada Ley 57 de 1887; y por lo mismo, estuvo bien que así lo declarara el Juzgado 1° Superior en su proveído de fecha 19 de abril de 1929, visible al folio 25 vuelto, cuaderno 2° (Véase artículo 2°, Ley 1ª de 1923).

Lo dicho es concluyente para no encontrar demostrada la causal 2ª, por el motivo apuntado, pero como si esto fuera poco, todavía existen otras consideraciones de gran peso en apoyo de la tesis que el presente fallo sustenta.

Si se citara por vía de analogía al caso del señor Perry, el del impedimento que según el ordinal 9°, artículo 749, del Código Judicial, existe para un negocio dado en el Juez que dictara la sentencia de primera instancia y que haya de revisar en la segunda, aun admitiendo la analogía—que de ningún modo aparece, desde luégo que el señor Perry antes de su designación fue persona del todo extraña al proceso—aun admitiéndola para reforzar el argumento, es lo cierto que el impedimento del citado ordinal 9° es allanable por el simple silencio de las partes, y así tuvo ocasión de declararlo en este mismo proceso y ante la Corte, la Sala Dual, para prorrogar la jurisdicción de uno de los Magistrados que se declaró impedido, precisamente por aquella causa. De suerte que si así lo tiene establecido la ley, no puede ser sino porque considera que la probidad del juzgador está por encima de tal circunstancia, comoquiera que el mandato legal obliga a intervenir al Juez o Magistrado en asuntos de cuyo conocimiento tenga voluntad firme y decidida de separarse, según su propia manifestación hecha a las partes, conforme a la ritualidad del procedimiento.

Ni tampoco cabría confundir el fenómeno jurídico de la nulidad procedimental con la materia de los impedimentos, pues no siempre que se presente el impedimento ha de existir por eso mismo un vicio de nulidad, pues el silencio de las partes, como en el caso del citado ordinal 9°, aun existiendo el impedimento, prorroga la jurisdicción. Y así, con mayor razón no hay nulidad en este juicio porque el señor Perry hubiera actuado como Juez de hecho, ya que, como queda visto, ni siquiera estaba impedido.

Además, tratándose de las nulidades en el procedimiento, que es la materia propia de la causal 2ª de ca-

sación, no es posible aplicar el criterio de analogía, ya que, como es bien sabido, son de restringida interpretación las disposiciones referentes a aquellos vicios.

Si admisible fuera que el designado señor Perry perdió su imparcialidad para conocer de este asunto por haber escrito informaciones y comentarios en **El Tiempo** respecto del crimen de **Villa Anita**, y cuando no tenía conocimiento del proceso levantado por las autoridades, con la misma lógica acompañada del criterio de analogía que se invoca, se llegaría a la conclusión netamente absurda de que la persona que por cualquiera causa o motivo tuviera un conocimiento más o menos próximo o remoto, o más o menos extenso y completo, verbigracia, leyendo la prensa, o la persona que en cualquier forma hubiera conceptuado en conversaciones callejeras, o en cualquier parte sobre un delito y sus responsables, estaría impedida por falta de imparcialidad para servir el cargo de Juez de hecho en el respectivo juicio, quedando así—como fácilmente puede advertirse—al arbitrio de los ciudadanos el eximirse de desempeñar un cargo de suyo oneroso.

Tampoco es dable comparar el caso que se estudia con el del Agente del Ministerio Público que haya alegado en derecho y que por lo mismo viene a quedar impedido para servir después como Jurado, pues claro está que no podría ser al mismo tiempo Juez y parte en el juicio; pero si como se ha visto el señor Perry no ha patrocinado a denunciante alguno, mal podría atribuírsele, ni siquiera remotamente, el carácter de parte en la presente causa.

Y es de advertir aquí que el concepto de **imparcialidad** es abstracto y general, de suerte que si el legislador contempla y determina ciertos casos de posible **parcialidad** como causales de impedimento, verbigracia, el de ser amigo íntimo del procesado, del acusador o del ofendido, por ese mismo hecho la ley excluye otros casos que pudieran presentarse, en cuanto esas causales son de interpretación restringida.

Ni debe perderse de vista que los Jueces no pueden interpretar **ad libitum** las disposiciones legales, ni aun con el propósito de "poner vida a las palabras muertas de la ley," desde luégo que el legislador ha dictado normas de interpretación a las cuales debe acomodarse el prudente arbitrio de los juzgadores cuando se hallen en presencia de disposiciones oscuras, pero nunca cuando la ley tiene bien definido su mandato.

Por lo que se deja expresado, se verá la razón por la cual la ley determina taxativamente las nulidades en el procedimiento, sin que éstas se puedan establecer por analogía, ni por lo mismo traerse en forma de derivaciones o arrancadas de modo extraño a preceptos constitucionales que se remitan a la ley y que en la ley se hallan reglamentados por medio de preceptos taxativos que eliminan el arbitrio judicial.

Corresponde a la Corte Suprema, reunida en pleno, la guarda de la integridad de la Carta Fundamental mediante la declaración de inexequibilidad que puede hacer de leyes y decretos que contraríen los preceptos constitucionales, mediante los trámites correspondientes, pero nunca por medio de interpretaciones inadmisibles cuando los textos de la Carta se hallan reglamentados por leyes claras y precisas a cuya observancia están obligados los juzgadores.

Estando por todo lo dicho infundada la causal 2ª, se procede al estudio de la causal 1ª.

Para sustentarla dice la demanda:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta, y por haberse aplicado disposiciones distintas de las que correspondía aplicar.

"Motivos:

"a) Dice el Código Penal en su artículo 12:

'Para que pueda aplicarse una pena, por cualquier hecho u omisión, es preciso que haya sido señalada por ley preexistente.'

"La ley preexistente a la muerte del señor Domingo Alvarez (la que se les imputa a estos sindicados), no establece pena alguna para el delito **imposible**. Creer que con un revólver de **nueve** milímetros se puede disparar un proyectil de **siete**, es, sin existir prueba alguna en abono, un imposible físico y jurídico, luego el honorable Tribunal aplicó una pena por un hecho que no estaba previsto por la respectiva ley.

"**b)** El artículo 15 de la misma obra dice:

'Por armas se entiende en este Código, todo instrumento cortante, punzante o contundente, o de cualquiera otra clase que se lleve con el objeto de cometer un delito, o de oponerse..... Siempre que los reos lleven tales instrumentos se supone que es con el objeto expresado, mientras no prueben o resulte claramente lo contrario.'

"Esta suposición de la ley respecto del arma campea holgadamente en el caso de estudio. Los franceses fueron convencidos de que en la casa que los hospedaba se halló un revólver de **nueve** milímetros (sic). Forzando muchísimo el criterio jurídico, puede convenirse en que este hallazgo equivale a que tal revólver **fue llevado** por los franceses en la noche del crimen imputado. Luego la presunción legal exige que la imputación señale **ese** revólver como el arma homicida. Pero es el caso de que ese revólver no es apto para tenerlo como arma en el caso contemplado (por haberse encontrado en el occiso una herida de **siete** milímetros y un proyectil de sólo **ocho** de diámetro), lo cual equivale a que **resulta claramente lo contrario**, es decir, que no es eficaz la presunción legal de que el hallazgo de aquel revólver implica el designio de cometer el delito; luego el honorable Tribunal del fallo violó la ordenación sustantiva de esta disposición.

"**c)** Dice la misma obra en su artículo 583:

'Es homicidio la muerte que un hombre **da** a otro....'

"**Dar muerte a otro** vale tanto como emplear medios aptos para lograr el efecto. El delito de homicidio no consiste en que **resulte** un muerto y otro tenga o sea convencido de que tiene un arma cualquiera: es preciso la existencia de la causa moral, de la causa material o intermediaria, y del efecto que corresponde exactamente a las dos primeras. Ese es, según la filosofía jurídica, el delito de homicidio. Mas en el presente caso no hay correlación ninguna entre la causa material o intermediaria y la causa moral imputada o deducida por indicios, no confesada ni demostrada a plenitud, ni con el efecto siquiera; luego el honorable Tribunal sentenció un homicidio que no reúne las condiciones de delito.

"**d)** El honorable Tribunal fallador hizo clamoroso hincapié en el hecho de los antecedentes imputados por la investigación a estos sindicados para reagravar la pena, viéndose claramente que sin tales antecedentes aquéllos hubieran sido penados en tercer grado. Es verdad que la ley así lo autoriza y consagra en el ordinal 11 del artículo 117 del Código Penal; pero no es menos cierto que dentro de una soberanía no puede tomarse en cuenta como fenómeno jurídico los actos individuales previstos como delitos por el derecho público interno de otra soberanía: **Non est imperium in imperio.** Y el honorable Tribunal por esta causa calificó en segundo grado la delincuencia sentenciada por su jurisdicción en nombre de la República y por autoridad de la **ley**, luego también contrarió accesoriamente el sentir del legislador en lo relativo a la sustantividad penal que la Corte debe defender."

El aparte señalado en la demanda con la letra **e)** no envuelve un motivo de la causal 1ª, sino la conclusión a que se llega, esto es, el afirmar que se violó la ley sustantiva en el fallo condenatorio de segunda instancia.

Para resolver se considera:

En los párrafos relativos a la causal 1ª, adolece la demanda de un vacío fundamental que consiste en dar por demostrado aquello que precisamente se trata de demostrar; esto es, el vicio del razonamiento que se conoce con el nombre de **petición de principio**, lo cual bien podría sustentar debidamente una declaratoria de desierto, por cuanto la aplicación que se alega de determinadas normas al caso de autos, se basa únicamente en las afirmaciones del autor de la demanda de casación, sin que se procurara dotarlas de respaldo probatorio mediante un adecuado análisis del proceso, de donde resultaran demostradas en alguna forma aquellas afirmaciones que aparecen completamente desnudas.

Pero como ellas vienen hechas en forma categórica, como si se tratara en realidad de verdades axiomáticas, conviene a los intereses de la justicia entrar en el examen de la cuestión mediante estudio de fondo, aunque el debate no venga debidamente planteado.

Como puede verse, se presentan tres cuestiones principales referentes a la culpabilidad del acusado Arjac, y una cuarta, de carácter subsidiario, relativa a la calificación de la delincuencia, que la demanda estima debió hacerse en grado ínfimo.

En la primera de tales cuestiones se afirma, con verdad, que la ley preexistente al hecho imputado a Arjac no castiga el delito imposible; pero luégo, sin entrar en la demostración de que en el caso de autos existe el fenómeno jurídico así denominado por la ciencia penal, y haciendo uso de la simple argumentación, sofística y escueta, de que un revólver de nueve milímetros de ánima no puede disparar un proyectil de siete milímetros, concluye con la afirmación de que el Tribunal condenó por un hecho no erigido por la ley como delito.

Al folio 22, cuaderno 1º, los señores médicos legistas que practicaron el reconocimiento y la autopsia del cadáver del señor Alvarez, manifiestan que "a doce milímetros del ala izquierda de la nariz y a tres centímetros del borde libre del labio superior y del lado izquierdo, presenta una herida circular, **de siete milímetros de diámetro**, limitada en sus bordes por una zona de contusión perfectamente circular y concéntrica, de cinco milímetros de anchura en toda su extensión...." La herida descrita en la región maxilar superior izquierda corresponde al orificio de entrada de un proyectil de arma de fuego de pequeño calibre **(7 milímetros de diámetro). No había orificio de salida del proyectil....**" Abierto el cráneo por medio de la sierra, encontramos un orificio entre el borde posterior de la roca y la superficie basilar del occipital. El proyectil había penetrado por el seno del maxilar superior y siguiendo una trayectoria perpendicular, rompió la apófisis terigoidea izquierda y vino a penetrar en la cavidad craneana por delante del agujero desgarrado posterior, donde se veían pequeñas esquirlas óseas, y después de perforar el hemisferio izquierdo del cerebelo, vino a incrustarse en la fosa cerebelosa inferior izquierda del occipital. Había fractura con varias líneas irregulares. La hemorragia fue muy abundante.

"El proyectil que acompañamos se había dividido en dos partes, fragmentándose en su parte media, tiene **ocho** milímetros de diámetro, y es de plomo sin blindaje; débese esto a su gran deformación, y su ruptura a la penetración sobre planos tan resistentes como son los huesos del cráneo....."

"De lo expuesto anteriormente, concluímos:

"1º El señor Domingo E. Alvarez recibió una herida en la región maxilar superior izquierda **con proyectil de arma de fuego de pequeño calibre**, que siguió una dirección casi horizontal, penetrando por el seno maxilar superior izquierdo y alojándose en la fosa cerebelosa inferior izquierda.

"2º Esta herida por su gravedad fue la única causa determinante de su muerte....." (Subraya la Corte).

Ahora bien, los peritos en balística, al rendir su primer dictamen al folio 44 ibídem, cuando todavía no era conocido el nombre de los procesados, ni ellos tenían idea alguna del arma que se encontró posteriormente en la habitación de Arjac, expusieron:

".. .. .. .

den también a uno de los proyectiles extraído del cartucho con que fue cargada esta arma.

"En el arma se ve perfectamente, que fue disparado hace poco de ella un tiro, porque tanto una de las recámaras del tambor como el cañón, lo demuestran. Como esta arma tiene un cañón bastante largo, se puede asegurar que proyectiles disparados de ella tienen buena fuerza de penetración....." (Subraya la Corte).

El arma encontrada a Arjac estaba destinada, pues, a disparar proyectiles de 9.120 milímetros de diámetro, con un peso de 9.520 gramos; y como la bala extraída de la cabeza del señor Alvarez corresponde exactamente a esas medidas, no hay ni puede haber duda alguna sobre el hecho de que la herida mortal fue causada por un revólver de calibre 38, modelo común, tal y como el que fue hallado por la Policía en la habitación de Arjac. A esto se alega por la defensa, que es un imposible físico y jurídico el que siendo de siete milímetros de diámetro el orificio de entrada de la bala, la herida haya sido abierta por un proyectil de diámetro mayor, esto es, de nueve milímetros. Pero si se considera que, según el mismo dictamen de los médicos legistas, la herida no tuvo orificio de salida, que la bala se encontró incrustada en la fosa cerebelosa inferior izquierda del occipital, que tal herida fue la causa inmediata y directa de la muerte, y que por lo mismo el proyectil que examinaron los peritos en balística no fue recogido del suelo o de algún otro sitio, sino precisamente del cuerpo del occiso, fluye a la luz meridiana la conclusión de que la muerte del señor Domingo E. Alvarez se debió a la causa única de una herida abierta con proyectil de nueve milímetros de diámetro, disparado por el revólver Smith and Wesson, calibre 38, que se encontró en poder de Arjac; y que si la herida, al tiempo del reconocimiento y la autopsia, presentó un orificio de siete milímetros de diámetro, ello se debe únicamente al fenómeno de la retracción de la piel, que naturalmente se presenta cuando se hiere a una persona viva, como lo observan todos los expositores de Medicina Legal.

Que este fenómeno de la retracción de la piel se presentara en el caso de la herida abierta al señor Alvarez, hay lugar a admitirlo por tratarse, como queda dicho, de un fenómeno natural; pero lo cierto es que también se demuestra e infiere del dictamen médico legista, pues allí se dice que el proyectil encontrado en el occipital tiene **ocho** milímetros de diámetro, y no **siete**, como el orificio de entrada, luego sin el fenómeno de la retracción de la piel, y si se hiciera uso de la misma lógica de la demanda, se llegaría al absurdo de que la bala extraída del cráneo de don Domingo no fue la que le produjo la muerte por oponerse a ello las leyes de la naturaleza física.

Además, los señores médicos legistas en las conclusiones de su dictamen, cualesquiera que hubieran sido sus consideraciones anteriores, no terminan con la afirmación categórica de que la herida se causara con proyectil de siete milímetros de diámetro, sino con la de que ella fue hecha con "proyectil de arma de fuego de pequeño calibre," término genérico que allí aparece bien empleado por los señores médicos legistas, ya que a los señores peritos en balística y no a los facultativos correspondía dictaminar sobre los caracteres del arma y del proyectil con que se hubiera hecho precisamente el disparo. Porque así como no sería atendible el dictamen de los señores peritos en balística sobre la calidad de la herida, los órganos, huesos o tejidos que interesara y su virtud mortal, tampoco los señores médicos están llamados a decir si la bala que produjo la muerte corresponde precisamente a esta o a aquella arma.

Y como los dictámenes de los señores peritos en balística fueron producidos en circunstancias que les dan excepcional solidez, pues el primero se hizo antes de conocerse el revólver de Arjac, y corresponde precisamente a esa arma en forma concluyente, y el segundo no deja lugar a dudas de ninguna clase, es necesario considerar ese experticio como la plena prueba de los hechos a que se refiere.

Estas consideraciones hacen resaltar ante todos los ojos la responsabilidad incontestable del procesado Arjac. Pero si a esto se agrega la voz acusadora de gran número de indicios que se levantan del expediente como otros tantos testigos mudos que claman justicia y reparación para las víctimas de este delito (porque en lo moral fueron varias), sería llegar a la temeridad o al desconocimiento de los principios tutelares de la sociedad, de la moral y de la justicia, el admitir la inocencia del acusado, porque solamente en casos tan excepcionales como el presente, la prueba de indicios reúne tales caracteres de variedad, vehemencia y conexión íntima, que su fuerza probatoria llega, por decirlo así, a constituir la evidencia misma.

En cuanto a la segunda alegación o motivo en que viene apoyada la causal 1ª, esto es, que el hallazgo del revólver calibre 38, con capacidad para disparar un proyectil de nueve milímetros, no implica el designio de cometer el delito, pues la herida resultó hecha—en sentir del apoderado recurrente—por un proyectil de siete milímetros, desde luégo que no se reúnen para el caso, dice la demanda, los antecedentes en que se funda la presunción contenida en el artículo 15 del Código Penal, es de observar que el sustentáculo de esta alegación ha sido hallado falto y sin valor en las consideraciones que preceden.

Y cabe observar en casos como estos, que la misión de los juzgadores encargados de la defensa social sube de punto en cuanto a la severidad que reclaman, dentro de la ley y de las probanzas procesales, en circunstancias propias para producir una mayor alarma social, mucho mayor que la que se desprenda de aquellos crímenes con que se han hecho famosas las cuadrillas de malhechores que en veces asechan a los transeúntes en el páramo del **Almorzadero** (en Santander), ya que ningún incauto se atreve a atravesar inerme por aquellos parajes, y por lo mismo no requiere tanta protección de la autoridad y de la justicia punitiva, como ha menester la familia que, confiada en lo que con naturalidad debe confiarse, en esa protección de la autoridad, se acoge al reposo y al sueño, inerme y desapercibida, dentro del perímetro de la ciudad capital de la República.

Y es de lamentar que las autoridades a cuyo cuidado está la inmigración de extranjeros, por negligencia o descuido, por pusilanimidad o por cualquiera causa, no hayan sentido el imperioso deber de cerrar las puertas del país a elementos perniciosos como los juzgados en este proceso, en donde se registra uno de los delitos más repugnantes de cuantos puedan dar a conocer los anales de la delincuencia en Colombia; que si en Francia hubiera cometido Arjac este nuevo crimen, de seguro que, en vez de la excesiva benignidad usada en este proceso,

no habría sido enviado nuevamente a los presidios de la Guayana, sino que habría pagado con la vida en la guillotina.

Aquello de que no aparece en el proceso el medio idóneo con que Arjac hubiera causado la muerte al señor Alvarez, que se trae en tercer lugar como motivo de la causal 1ª, encarna el mismo tema antes propuesto y repetido para sostener la inocencia de los acusados contra la clamorosa voz acusadora de los autos; insistencia que demuestra temeridad igualada al exponer la demanda el motivo subsidiario y último de la causal de que se trata, cuando dice que la calificación de la delincuencia debió hacerse en grado ínfimo, sin intentar siquiera rebatir en forma jurídica las pruebas en que se apoyan las circunstancias agravantes anotadas por las sentencias condenatorias, tales como el perjuicio y la alarma que causó el delito, el haberse cometido de noche, y el ser dos los responsables.

La demanda se apoya, por último, en la causal 3ª de casación, pues considera no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y dice:

"No sólo por tradición histórica sino por razones de orden científico y de técnica, el llamamiento que la ley hace de cinco ciudadanos que vengan a representar al sentir social ante la imputación de un crimen, sólo tiene por objeto el sentimiento de la **responsabilidad** atribuída; pero los hechos no pueden sufrir mutación alguna en la soberana conciencia del Jurado.

"En el presente caso, la demostración legal y **preferente** del proceso señala como causa de la muerte del señor Domingo Alvarez la penetración violenta de un proyectil de siete milímetros en el cráneo. Si está bien que el Juez de derecho condense en el auto de enjuiciamiento la sustancia demostrativa del informativo, y si no es posible que dicho auto pueda descarriarse fuera de las pruebas admitidas como base de la imputación y de la responsabilidad, su parte resolutiva, y virtud judicial, radican necesariamente sobre dichas pruebas y las implica.

"Lo demostrado en autos respecto a la causa intermediaria de la muerte violenta aquí contemplada, es que dentro de la fosa del occipital del señor Alvarez se halló un proyectil seccionado con un diámetro de ocho milímetros. Desde luégo que los médicos legistas hacen referencia al **diámetro,** era porque la deformación del proyectil no le dio figura triangular, ni cuadrada, ni poligonal, que hiciera imposible o aventurada la mensura de la base geométrica.

"Luego si es un absurdo físico el que un proyectil de plomo sin blindaje disminuya de diámetro al atravesar planos de cohesión mayor que la del mencionado proyectil, no puede pensarse en que el hallado por los señores médicos legistas en el cráneo del señor Alvarez fuera a salir del arma homicida de **nueve** milímetros.

"Luego esta es la verdad objetiva o de hecho, que los jurados no podían modificar en su veredicto, y la cual está, como dicho queda arriba, implícita en el auto de proceder. Y siendo esto así, el veredicto del Jurado afirmó un absurdo, o sea un flagrante desacuerdo con la demostración **objetiva** del proceso, lo cual conduce irremediablemente a la afirmación de que en desacuerdo están también la sentencia recurrida y el auto de proceder, que es el sentido de esta causal."

Para resolver, se considera:

Cuando se invoca para un caso dado, como lo hace la demanda, como causal para infirmar la sentencia el no estar ella de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, implícitamente se reconoce que el llamamiento a juicio fue hecho conforme a la realidad probatoria del informativo y de acuerdo con las disposiciones legales aplicables, desde luégo que se le señala e invoca como norma o medida a la cual el fallo ha debido ajustarse.

Por consiguiente, si en este proceso se llamó a juicio por el delito genérico de homicidio y en la parte motiva se le da al cargo la fisonomía de homicidio simplemente voluntario, es incuestionable la armonía que reina entre el enjuiciamiento y la condenación, siendo así que la sentencia aplica precisamente la sanción que corresponde al homicidio simplemente voluntario.

Pero, aun buscando la verdadera intención del demandante en los alambicados argumentos que se estudian, pudiera llegar a encontrarse que en lugar de perseguir la demostración de aquella incongruencia, quiso más bien el recurrente atacar el auto de proceder, buscando el modo de privarlo de la fuerza que hoy tiene como ley del proceso a virtud de hallarse ejecutoriado, con la circunstancia especial y muy significativa en este caso, de llegar a serlo por el consentimiento explícito de los acusados, como consecuencia del desistimiento, personal, libre y espontáneo que hicieron en el memorial que corre al folio 12, cuaderno 2º, del recurso de apelación que también en forma personal habían interpuesto contra aquella providencia enjuiciatoria, como consta en los folios 11 y 12 del mismo cuaderno.

La demanda sugiere, en efecto, que el enjuiciamiento se refiere al cargo de habérsele dado muerte a don Domingo E. Alvarez con una herida causada con proyectil de siete milímetros, pero no se detiene a demostrarlo, ni podría hacerse así cuando del auto de proceder resulta todo lo contrario, comoquiera que el párrafo incriminativo referente a esta cuestión dice:

"En la diligencia de autopsia, apunta el señor Fiscal, los médicos encontraron un proyectil incrustado en la fosa cerebelosa inferior izquierda del occipital, que fue examinado por los peritos en balística, señores Wenceslao Pachman, Director Técnico de la Fábrica de Municiones, y Arturo Mora Rueda, Jefe de la Maestranza del Ejército, los cuales afirman que corresponde al calibre 38 del cartucho corto o común, con diámetro de 9.120 milímetros y de 9.520 gramos de peso (folios 44). Examinado por los mismos peritos (folios 92), el revólver Smith & Wesson, calibre 38, encontrado en la pieza donde dormía Arjac, en casa de Potier, dictaminaron que su tambor de recámaras es para el cartucho normal o común de proyectil, de 9.120 milímetros de diámetro y 9.520 gramos de peso, medida y peso que corresponden también a uno de los proyectiles extraído de uno de los cartuchos con que se encontró cargada el arma. Por donde puede verse que la medida y el peso del proyectil encontrado en el cerebro del señor Alvarez, y los que dio por resultado el examen del proyectil sacado del arma, son idénticos."

Como se ve, ni aun por este aspecto se encuentra asidero a la causal propuesta, tanto más cuanto que si el recurrente estuviera en lo cierto no se habría proferido

entonces auto de proceder sino un simple sobreseimiento a favor de Arjac.

Por lo demás, el apoderado recurrente, al concretar sus puntos de vista en la cuestión que se examina, incurrió en error evidente cuando afirma ser "un absurdo físico el que un proyectil de plomo **sin blindaje** disminuya de diámetro al atravesar planos de cohesión mayor que la del mencionado proyectil," pues en realidad el absurdo estaría en lo contrario, esto es, en que el proyectil perdiera diámetro al atravesar cuerpos de **menor cohesión** que los de la materia con la cual el proyectil estuviese fabricado; pues en verdad al atravesar cuerpos de **mayor cohesión** que la materia indicada, no tiene nada de extraordinario el que pierda el proyectil un tanto de su diámetro a virtud del rozamiento que se produce al penetrar la bala. Y como en tal errada afirmación se basa lo principal del argumento para concluír que el Jurado afirmó ese pretendido absurdo físico, con claridad puede verse cuán deleznable es el reparo que se le hace al juicio del Tribunal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha veintiséis de septiembre de mil novecientos veintinueve, contra el procesado Andrés Alexis Arjac, que ha sido materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Parmenio Cárdenas en el fallo anterior.

El suscrito Magistrado ha encontrado que sí está comprobada la causal de nulidad que prevé el ordinal 3º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, y que dice:

"....Figurar en la lista que se presenta a las partes para que hagan uso del derecho de recusar alguna persona que no pertenezca a la lista de designados o que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar ese cargo."

En efecto: no es cierto que uno de los Jurados, con sus publicaciones en **El Tiempo**, hubiera patrocinado al denunciante, pero con ellas anticipó concepto preciso y claro acerca de la responsabilidad de los que más tarde vino a juzgar como Juez, circunstancia que le quitó toda imparcialidad para intervenir en esa forma.

Advierto que esa falta de imparcialidad no quiere decir que ese Jurado hubiera carecido de probidad o que hubiera habido poco escrúpulo y pulcritud en su conducta. Tengo la más alta idea de su integridad, y comparto los justos conceptos que el fallo contiene acerca de él.

Cuando el Código Judicial dice, por ejemplo, que está impedido para conocer en determinado asunto el Juez que hubiere dictado la providencia de primera instancia que haya de revisar en segunda (artículo 749, ordinal 9º), no es porque desconfíe de su probidad, ni porque le desconozca honorabilidad, sino porque es natural y humano que quien ya expresó su concepto en determinado sentido, no disfruta de la misma libertad e independencia de criterio para juzgar como Juez de segundo grado lo mismo que falló en primero, que quien, por no haber tenido intervención alguna, posee toda la amplitud de apreciación, oyendo serenamente y valorizando, sin compromiso jurídico anterior, los argumentos de las partes.

Idénticas consideraciones caben respecto de muchos otros impedimentos, entre ellos el consignado en el ordinal 5º del artículo 243 de la Ley 57 de 1887, que dice estar impedido para desempeñar el cargo de Jurado "la persona que haya formado parte de uno reunido anteriormente en el mismo proceso, bien sea de acusación (hoy suprimido) o de calificación....."

Es tan cierto que los impedimentos en esos casos no implican falta de probidad que, como lo anota el fallo, la misma ley allana algunos de ellos en caso de silencio de las partes. Mas aquí con respecto a la intervención del Jurado mencionado, no sólo no ha mediado ese silencio, como lo da a entender la sentencia, sino que, muy al contrario, tanto en segunda instancia como ahora en este recurso, la defensa ha manifestado su voluntad en sentido opuesto.

Y si la ley consagra ese allanamiento para los Jueces de derecho, no lo consagra, ni racionalmente podía hacerlo, con respecto a los Jueces de hecho, dado el distinto papel que desempeñan en el proceso. Los primeros están sometidos a precisas y concretas reglas legales, de las cuales no pueden apartarse, so pena de incurrir en responsabilidad, de suerte que el peligro de la arbitrariedad es remoto y en todo caso fácil de subsanar con los diversos recursos que la ley concede. En tanto que los segundos, o sea los Jurados, están libres de toda regla "de que deban deducir la plenitud y la suficiencia de las pruebas" (artículo 304 de la Ley 57 de 1887); su decisión "no está sujeta a recurso alguno," salvo el caso de injusticia notoria (artículo 81, Ley 100 de 1892); de suerte que siendo su intervención tan amplia e importante, ya que a ellos les corresponde lo principal, es decir, "la calificación de los hechos criminosos," y al Juez de derecho la sola "aplicación de la ley" (artículo 236 de la Ley 57 de 1887), era natural que respecto a esos funcionarios estableciera la ley reglas especiales, que no pueden ser renunciadas por las partes, por ser de interés social, como la obligación para los Jueces de derecho, de declarar oficiosamente nulo lo actuado cuando precisamente se haya sorteado como Jurado a quien no podía tener las cualidades necesarias para desempeñar ese cargo (artículo 20 de la Ley 135 de 1888).

Tampoco se trata de que el Jurado en cuestión hubiera hecho simples "informaciones y comentarios en **El Tiempo**, respecto del crimen de **Villa Anita** y cuando **no tenía conocimiento del proceso levantado por las autoridades**," ni de un simple "conocimiento más o menos próximo o remoto, o más o menos completo sobre el delito y sus responsables," sino de una situación profunda, marcada, notoriamente distinta.

En efecto: tal Jurado, como redactor de **El Tiempo**, no se limitó a hacer narraciones informativas sino que estampó apreciaciones hasta de carácter jurídico sobre quiénes eran los responsables, la clase de delito co-

metido y la participación individual que a cada uno correspondía; los responsables, afirmó, son André Arjac y Maurice Guenot, el primero como autor y el otro como cómplice, dándole al homicidio el carácter de asesinato, denominación que con evidente desacierto no fue reconocida en el auto de proceder.

Como una muestra de lo anterior, considero necesario transcribir a continuación algunos pasajes de esas publicaciones:

"Parece que está para terminarse ya la investigación sobre el pavoroso asesinato que cometieron dos apaches franceses en la persona del señor Domingo Alvarez y en su quinta **Villa Anita**, el viernes santo, a la media noche. Entendemos que la Policía, con su Cuerpo de Detectives, persigue ahora incansablemente al resto de la banda de apaches de que forman parte los dos ya capturados, cuyos nombres no hemos podido averiguar.

"Se nos informa también que el activo Cuerpo de Detectives que dirige el doctor Daniel Bernal, emprenderá una pesquisa minuciosa para descubrir todas las terribles maquinaciones que esta banda—seguramente la misma que hizo el asalto al Banco de Girardot—proyectaba desarrollar en Bogotá, así como las posibles conexiones que tenga con la banda de forájidos que en Manizales está cometiendo toda clase de hazañas." (Edición de **El Tiempo**, del 16 de abril de 1928).

"¿Quienes son los asesinos? Todo el mundo se hace esta pregunta. Hemos afirmado que son, por ahora, dos apaches franceses. No nos había sido posible saber sus nombres. Hoy lo podemos informar. Los nombres con que figuran en sus papeles, son: el uno André Arjac (el asesino) y Maurice Guenot (el cómplice). El primero de ellos corresponde exactamente a la filiación vaga que dio la señora viuda de don Domingo. Bajo, grueso, ágil y con un aire de inaudita desfachatez.

"La diligencia de reconocimiento o de identificación se verificó ayer. Estamos seguros de ello. Y por cierto que fue una diligencia del mayor interés y emoción. No creemos que los que todavía dudan de que sean los apaches franceses los autores del asesinato, persistan en su idea. Veamos cómo pasaron las cosas....." (Edición de **El Tiempo** del martes 17 de abril de 1928).

No se trata por tanto de un simple conocimiento anterior que ese Jurado hubiera tenido sobre el hecho que juzgó, por haberlo leído en la prensa o por haberlo sabido al través de una versión callejera.

Tenía el asunto tan prejuzgado, era tal la convicción públicamente manifestada y sostenida, que al tener conocimiento de haber sido sorteado como Juez de hecho para esa causa, se apresuró a elevar al Juez la siguiente manifestación, respaldada con suficientes pruebas:

"N. N., mayor de edad, vecino de Bogotá, ante usted atentamente expongo: en reciente diligencia de sorteo verificada por esaentidad, he salido favorecido para actuar como Jurado en las audiencias públicas a que habrá lugar en el juicio seguido contra los sindicados de delito cometido en la quinta **Villa Anita**, de San Cristóbal, Bogotá. Ocurre que no obstante el buen deseo de prestar el servicio que me demanda el Juzgado y que la suerte me ha impuesto, encuentro un inconveniente de orden legal que ruego al Juzgado tener en cuenta y declarar conforme a ella (sic) que quedo eximido de formar parte de el (sic) mencionado Jurado, pues de otra suerte podría ser recusado por las partes interesadas en el juicio. Se trata de que cuando el crimen llegó al conocimiento de la prensa, yo intervine de manera muy personal y directa en las diligencias de investigación y publicación, en mi carácter de redactor de **El Tiempo**, circunstancia por la cual considero que automáticamente he prejuzgado en la causa y no tendría la suficiente imparcialidad para desempeñar sin reato ninguno de conciencia el cargo asignado por ese Juzgado. Acompaño en esta misma hoja una certificación del Director de **El Tiempo** que comprueba mi ingerencia personal y directa en las diligencias de investigación en que fundo mi excusa."

El Juez de la causa, al contestar ese memorial por medio de auto que ni siquiera se notificó, como ahora mis distinguidos colegas de la mayoría, para rechazar la nulidad que se alega, sostienen que no se trata de un impedimento reconocido por la ley.

El legislador, como es obvio, no da reglas sino de carácter general, no puede prever todos los casos que en la práctica ocurran; corresponde al Juez, dentro de la facultad de interpretación, desenvolver el contenido legislativo en la forma que mejor garantice la armonía social. Un cuerpo de derecho ideal, ha dicho un distinguido tratadista, aun cuando valga como modelo e inspiración, no tiene práctica utilidad, en tanto no es efectiva y acertadamente administrado. Se puede, en realidad, estimar que un cuerpo de derecho ilógico o de otra manera imperfecto, pero efectivo, desapasionada y humanamente administrado tiene más valor como instrumento de prosperidad y de paz social, que un sistema ideal mal administrado.

La ley en el artículo 265 de la Ley 57 de 1887, ordinal 3º, al prever como nulidad el que intervenga en la composición del Jurado alguna persona que no tenga "las cualidades necesarias" para desempeñar ese cargo, no determinó cuáles fueran o en qué consistían ellas, pues es claro que si lo hubiera dicho, no habría discusión. Surge entonces el criterio interpretativo; en ese camino no es posible negar que entre las condiciones fundamentales para que una persona desempeñe el cargo de Juez en determinado asunto, es la imparcialidad, y no me he podido explicar cómo una Alta Corte de Justicia, encargada de velar por el supremo equilibrio de la justicia, sólo porque esa palabra no figura en la ley, llegue a la conclusión de que ella no la contiene como "una de las condiciones necesarias," de que se ha hablado.

Entre esas condiciones o cualidades, señala el artículo 238 de la Ley 57 de 1887, por ejemplo, la independencia. Esta independencia no puede referirse únicamente a la económica, porque no solamente los capitalistas disfrutan de esa cualidad, tiene que referirse y se refiere principalmente a la espiritual, al estado de conciencia, a la libertad de que debe disfrutar un ciudadano para juzgar, sin estar ligado con prejuzgamiento alguno acerca de la culpabilidad del sindicado, que vale tanto como decir "falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o de cosas de que resulta poderse juzgar....", es decir, el significado que de imparcialidad trae el Diccionario.

"No se trata por consiguiente de buscar analogías para deducir nulidades, sino de interpretar el sentido de la

ley, que si en materia civil es plausible, con mayor razón en materia penal, en la cual predomina y ha predominado siempre el gran principio romano: "Favores sunt ampliandi et odia restringenda."

Bogotá, septiembre 13 de 1930.

Parmenio Cárdenas — Trujillo Arroyo—I. González T. Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

El doctor Carlos E. Acosta, en memorial dirigido a esta Corte, con fecha seis de junio último, manifiesta lo siguiente:

"Yo Carlos E. Acosta, mayor de edad y vecino de Bogotá, haciendo uso del poder que me ha conferido Pedro Alonso Clavijo, con el presente acompaño los siguientes documentos:

"a) Copia auténtica de las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas contra el citado Clavijo, en causa por robo de ganado mayor la primera, por el señor Juez 2º del Circuito de La Mesa; y la segunda, por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

"b) En diez fojas útiles las declaraciones rendidas extrajuicio por Hipólito Guzmán, Pedro Rodríguez, Genoveva Ballén, Rafael Zamora, ante el Juez Municipal de Cogua; Eduardo Medina e Ignacio Díaz M., ante el Juez Municipal de San Antonio de Tena, y Carlos Chaves y Fernando Moreno, ante el Juez 5º Municipal de Bogotá.

"Con estos documentos como base, demando la revisión de la causa mencionada, adelantada contra Pedro Alonso Clavijo, y me acojo a lo preceptuado en el ordinal 5º del artículo 1º de la Ley 33 de 1909, por cuanto con las declaraciones que aduzco, se demuestra la irresponsabilidad en el delito por que se encuentra cumpliendo condena."

Reconocido el doctor Acosta como apoderado, y admitida la demanda presentada, se le dio a ésta la tramitación legal correspondiente. Durante el término de prueba se pidió la ratificación de las declaraciones acompañadas, las cuales, en su mayor parte, se ratificaron en efecto, y una vez corridos los traslados del caso, se procede a dictar el fallo a que hubiere lugar, para lo cual se considera:

Lo declarado por Carlos Chaves, relativo a que el veintidós de enero de mil novecientos veintiocho llegó con Clavijo en el tren de Girardot, como a las tres y media de la tarde, y que estando esperando un tranvía, vieron pasar un individuo que conducía una mula baya y un macho moro, y habiéndole llamado Clavijo la atención al conductor de los semovientes, sobre si eran para vender, y que como le contestara afirmativamente, se quedaron arreglando el negocio, es punto que, bajo otro aspecto, y con insignificante cambio de circunstancias, ya fue apreciado en la sentencia de primera instancia, como fácilmente puede verificarse. Además, es harto bien extraño que el expresado Clavijo no hubiera presentado en el plenario de su causa un testimonio como el que ahora aduce, sino por el contrario, hubiera manifestado entonces que por la aglomeración de gente en la estación de la Sabana el día de su llegada, no había podido darse cuenta de quiénes habían presenciado el negocio en cuestión. Francamente una declaración de esta clase no da margen para deducir indicio alguno que valga la pena de tenerse en cuenta.

Lo mismo puede decirse de la declaración de Fernando Moreno, agregando a la de éste y a la de Chaves, lo expuesto en su vista al respecto por el señor Procurador.

De las declaraciones de Ignacio Díaz y Eduardo Medina se ha querido hacer surgir un indicio, que el señor apoderado no sólo considera grave sino hasta necesario, pero es lo cierto que de ellas ni siquiera se desprende indicio que pueda reunir ni una sola de tales características.

En efecto, los mencionados individuos—una de cuyas declaraciones no se ratificó en legal forma—exponen los hechos que dicen constarles, como sobre cartabón, con uniformidad desconcertante hasta cierto punto, y sin precisar siquiera la fecha en que dicen vieron pasar a un sujeto distinto de Clavijo, por la población de Fontibón, conduciendo dos bestias mulares, una de las cuales fue conocida por ellos, por haberla visto antes en poder de Guillermo González, en La Mesa. Cosa bien rara, hecho singularísimo, que a estos dos declarantes les picara la curiosidad hasta el extremo de que por haber sabido después la noticia relativa a la condena de un individuo como responsable del robo de los semovientes aludidos, se les ocurriera trasladarse, con peregrina y espontánea acuciosidad, a la cárcel a conocer al sujeto que aparecía como culpable. Y esta rara singularidad sube de punto, si se considera que tales declarantes no continuaron en su fácil solicitud, como han debido hacerlo, ante la justicia, a fin de presentarse en la oportunidad debida para favorecer a quien juzgaban inocente o irresponsable, con toda la amplitud, veracidad e insistencia de sus exposiciones, con tanta mayor razón cuanto que manifiestan que fue como a los dos meses de haber visto pasar al conductor de las bestias por Fontibón, cuando se les ocurió asomarse a la cárcel para identificar, según sus propias palabras, al individuo en cuestión. No hicieron tal cosa en esa ocasión, y dejaron transcurrir indolentemente el tiempo para presentarse ahora con declaraciones como las de que se trata, es algo sobremodo extraño y sospechoso, que induce lógicamente a señalar estas mismas tachas para tales declarantes.

En lo tocante a lo que aparece o quiere hacerse deducir como indicio, de las declaraciones de Hipólito Guzmán, Pedro Rodríguez y Genoveva Ballén, a virtud de cuyas afirmaciones dizque en la casa de la última, en jurisdicción de Cogua, al tiempo de ser detenido Clavijo, estaba también allí otro sujeto, es hecho que ciertamente no implica nada concreto ni firme en favor del condenado, porque, como bien lo dice el señor Procurador, "la existencia de un individuo o compañero del reo en casa de las señoritas Ballén, ninguna luz da en pro del reo en este asunto; pues éste se dejó conducir por la Policía sin ninguna protesta o inculpación en contra de su compañero, quien, por otra parte, permaneció tranquilo ante el hecho o prisión aludida." Y, además, este asunto, como es obvio, debió debatirse durante el proceso, ya que sería singularísimo por cierto, que un hecho de tal naturaleza, en el que el sentenciado debía estar directa y formalmente interesado, no se hubiera presentado y aun esclarecido en alguna forma en el curso del juicio.

Si a las consideraciones que preceden se agrega—aun cuando sólo sea para ilustrar el caso—lo que suministran las copias de las sentencias tomadas del proceso de cuya revisión se trata es, a saber, la nutrida hoja de servicios prestados a la criminalidad por Pedro Alonso Clavijo, o Riaño, o Reina, o Rey, apellidos todos éstos con los cuales figura diversamente en autos de este individuo, se reafirma la conclusión de que no solamente no existe base legal ninguna para decretar la revisión, sino que más bien hay fundamento sólido para negarla.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el parecer de del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega el recurso de revisión solicitada por el señor apoderado de Pedro Alonso Clavijo.

Cópiese, notifíquese y archívense las presentes diligencias.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio diez y seis de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En el juicio de deslinde que en nombre de la Nación tiene promovido ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el señor Fiscal de esa corporación y relativo al lote de terreno denominado **Las Flores,** ubicado en el Municipio de Aracataca, contra The United Fruit Company, al contestar la demanda el apoderado de la parte demandada declaró su oposición al deslinde porque tal globo, dice, pertenece en propiedad a dicha Compañía, y pidió que el Tribunal así lo de clarara.

En auto de fecha diez de mayo de mil novecientos veintinueve dicho Tribunal admitió la oposición y dispuso que se corriera traslado de ella y de los documentos que la acompañan al señor Fiscal demandante del deslinde. Al cumplir esta providencia dicho funcionario manifestó que se oponía a que se hicieran las declaraciones pedidas por el representante de la Compañía mencionada, fundado en el artículo 1309 del Código Judicial, insistió en que el Tribunal hiciera la fijación del día en que debía verificarse la diligencia de deslinde, y esa corporación, representada por el Magistrado sustanciador, en Sala Unitaria decidió, según auto de fecha diez y siete de julio siguiente, que no era el caso de satisfacer las exigencias del contradictor en la oposición; auto éste que aparece notificado al señor Fiscal el veintitrés de los mismos mes y año citados.

Con fecha treinta y uno de julio el señor Fiscal promovió incidente de nulidad de la referida providencia, con fundamento en estas razones:

"En autos con la United Fruit Company sobre el deslinde del baldío con el terreno de **Las Flores,** pido en representación de la Nación que se declare nulo el auto que decide no practicar el deslinde y acoge la oposición a la demanda y abre el juicio ordinario a prueba, por incompetencia de jurisdicción de la Sala Unitaria. Apoyo esta solicitud en la causal 1ª, artículo 123, de la Ley 105 de 1890; en el artículo 8º de la Ley 169 de 1896; en la doctrina de la Corte Suprema, **Jurisprudencia,** tomo III, número 1261, que se refiere a los artículos 76, 87, 1310 del Código Judicial; 7º y 29 de la Ley 169 de 1896. El artículo 8º citado dice:

'Todas las decisiones o sentencias contra las cuales haya recurso de apelación para ante la Corte Suprema, serán proferidas por los Tribunales en Sala Plural'; y la doctrina citada dice que el deslinde de predios de particulares con baldíos, debe ser practicada por el Tribunal Pleno y no por el solo Magistrado sustanciador, y es negocio en que tiene interés la Nación y que conoce el Tribunal **'en primera instancia.'** Si el Tribunal Superior es quien debe conocer en primera instancia, es indudable que los autos que dicte son apelables no para ante el mismo Tribunal sino para ante la Corte, que es quien debe conocer en segunda instancia; de manera que esos autos dictados por el Tribunal unitario ni deben ser dictados por el Unitario sino por la Sala Plural, ni tienen porqué apelarse por ante la Sala Plural, porque entonces ya el Tribunal no sería el de la primera instancia. Como el auto a que me refiero no es de sustanciación sino de fondo con carácter de interlocutorio, ha sido dictado por la Sala Unitaria y no por la Sala Plural, siendo apelable para ante la Corte Suprema, la Unitaria se ha arrogado una jurisdicción que no tiene sino la Plural, pues de otro modo ya el Tribunal no vendría a ser el de la primera instancia sino el de todas las instancias en este asunto en que tiene interés la Nación. Pido, pues, la nulidad, y en caso de no accederse, solicito reconsideración, para lo cual invoco las razones expuestas en mi anterior escrito, y en subsidio interpongo recurso de apelación.

"No está demás decir al honorable Tribunal que según la doctrina del Tribunal Superior de Bogotá, **Jurisprudencia** razonada, número 249, el ordinario de que trata el artículo 272 de la Ley 105 de 1890, 'no puede abrirse sino con posterioridad a la diligencia de deslinde.' "

Tramitado el incidente, la Sala de Decisión del propio Tribunal, en su auto de fecha once de noviembre del mismo año, negó la nulidad solicitada y la consiguiente revocación; y como el señor Fiscal interpuso el recurso de apelación, concedido que le fue para ante esta Sala de la Corte Suprema, vinieron los autos a la corporación, donde debidamente tramitada la instancia con la intervención del señor Procurador General de la Nación y del señor apoderado de The United, ha llegado la oportunidad legal de resolver lo que se estima jurídico, y a ello se procede mediante las siguientes consideraciones.

Fundamento de la resolución que se revisa es el siguiente comentario hecho por el Tribunal sentenciador:

"El punto que ha de resolverse aquí consiste en determinar la interpretación que debe darse a los artículos 83 del Código Judicial; 88 de la misma obra, y 8º de la Ley 169 de 1896.

"El 83 **ibídem** dispone, en lo conducente:

'.... En los negocios que constituyen los grupos 3º, 4º y 5º (el 3º trata de los asuntos que el Tribunal conoce en primera instancia, como el presente) al Magistrado a

quien se adjudiquen, que se llama sustanciador, corresponde todo lo relativo a la sustanciación. Este mismo Magistrado debe decidir los incidentes que ocurran y presentar proyecto de sentencia....'

"El 88 reza esto:

'Los autos de sustanciación que profiera el Magistrado sustanciador y que causen gravamen irreparable para la sentencia definitiva, y los autos interlocutorios que dicte el mismo sustanciador con motivo de cualquier incidente que ocurra en la segunda instancia, son apelables para ante el Magistrado o Magistrados que concurran a formar la Sala de Decisión.'

"El 8° de la Ley 169 establece:

'Todas las decisiones o sentencias contra las cuales haya recurso de casación o de apelación **para ante la Corte Suprema,** serán proferidas por los Tribunales en Sala Plural.....' (Se subraya).

"Vistas las tres disposiciones que se han transcrito, la conclusión se impone: los autos de sustanciación dictados por el sustanciador y que originan gravamen irreparable, son apelables ante la Sala de Decisión; los interlocutorios que deciden incidentes surgidos en la segunda instancia, lo son, asimismo, ante dicha Sala.

"En cuanto a los interlocutorios dictados por el Tribunal como entidad de primera instancia, como de esos no conoce la Sala de Decisión por cuanto a ellos no se extiende lo dispuesto por el artículo 88 del Código Judicial, corresponde a la Corte Suprema de Justicia decidirlos en segunda instancia. A estos últimos autos se refiere el artículo 8° de la Ley 169 de 1896. Así entiende el Tribunal las disposiciones de que se ha hecho mérito.

"Circunscrita la cuestión de ese modo, sólo resta por definir si el auto de diez y siete de julio pasado es interlocutorio o sólo de sustanciación. En él, como es visto, se resolvió no acceder a la petición sobre decreto del deslinde y se abrió a prueba el ordinario de oposición a la demanda.

"El auto que abre a prueba un juicio, está fuera de duda, es de lisa y llana sustanciación, y si en el de diez y siete de junio se hicieron consideraciones sustentatorias del que dio entrada al de oposición a la demanda de deslinde, tales razones no son sino el refuerzo de las contenidas en el auto al cual se refieren. Ellas, por sí, no obran el fenómeno de cambiar la naturaleza del primitivo auto. Si el auto que admitió la oposición desde el primer momento, auto que por ahora retarda la continuación del juicio especial, es de pura sustanciación, del mismo carácter es aquel que lo sustenta. De no ser así habría que concluír que el auto que admite la oposición a la demanda misma del deslinde, es también interlocutorio y debió ser firmado por toda la Sala. Por manera que si el que admite no tiene tal carácter, carece de él también el sustentatorio."

Es evidente que el auto de fecha diez y siete de julio de mil novecientos veintinueve, según el cual se negó la fijación del día para la realización de la diligencia de deslinde, es de simple sustanciación, de acuerdo con lo que sobre el particular define el artículo 826 del Código Judicial, dado que se trata únicamente de dirigir la tramitación o el curso del juicio; tramitación que ya estaba predeterminada por el auto de fecha diez de mayo, en virtud del cual se admitió la oposición a la demanda del deslinde; auto éste que es hoy ley del proceso y debe cumplirse.

Ahora bien: si de simple juicio especial, esto es, de aquellos en que no se discute la existencia del derecho sino simplemente la extensión o efectividad del mismo, por obra de la oposición a la demanda de deslinde, fundada en la controversia acerca del derecho de propiedad que el demandado en el juicio de deslinde dice tener sobre el terreno que pretende deslindarse como propiedad, tal juicio se ha convertido en ordinario, es también evidente que no debe involucrarse la discusión del derecho mismo con la de su extensión, porque de nada serviría hacer la determinación o fijación correspondiente para que luégo resultara que ella se hizo sobre un terreno ajeno.

Y apreciada la nulidad del auto de fecha diez de mayo de mil novecientos veintinueve, en virtud del cual se admitió la oposición y se dispuso correr traslado de ella a la contraparte; nulidad fundada en la falta de jurisdicción alegada con base de haber sido dictada tal providencia por el Magistrado sustanciador y no por toda la Sala de Decisión, debe advertirse que tal fallo tendiente a determinar el curso del juicio y la tramitación que debe dársele, no es de la naturaleza de los que contempla la disposición del artículo 8° de la Ley 169 de 1896, que se refiere a las decisiones o sentencias contra las cuales haya recurso de casación o de apelación para ante la Corte Suprema; y es sabido que es la ley la que autoriza estos recursos y da a la Corte la competencia para conocer de ellos en las respectivas disposiciones. Y como en el presente caso el auto cuya validez se discute por ministerio de la ley no es casable ni apelable para ante la Corte, sino simplemente apelable para ante el resto de los Magistrados que componen la Sala de Decisión, según lo dispone el artículo 88 del Código Judicial, que en su primer inciso declara: "los autos de sustanciación que profiera el Magistrado sustanciador y que causen gravamen irreparable por la sentencia definitiva.... son apelables para ante el Magistrado o Magistrados que concurran a formar la Sala de Decisión"; hay que concluír que no existe la nulidad alegada y que el auto de fecha once de noviembre de mil novecientos veintinueve, que negó la declaración de nulidad, es estrictamente legal.

Lo expuesto es suficiente para que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, confirme, como en efecto lo hace, el auto mencionado y que ha sido materia de su revisión.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvanse las diligencias.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

El doce de diciembre de mil novecientos veintisiete expidió el Juzgado Ejecutor del Departamento de Boya-

cá orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro de dicho Departamento y contra el señor Francisco Antonio Rodríguez y la finca de **El Salvial**, sita en el Municipio de Motavita, como especialmente hipotecada para garantía de la deuda, por la cantidad de dos mil cuatrocientos noventa y cuatro pesos ochenta centavos ($ 2,494-80), intereses y costas procesales.

Sirvió de título ejecutivo un reconocimiento de la Tesorería General del nombrado Departamento contra el señor Francisco Antonio Rodríguez, ya nombrado, como rematador de la renta de degüello de la Provincia de Sugamuxi, y región oriental del Territorio Vásquez, por concepto de cánones de arrendamiento de la expresada renta que no habían sido cubiertos por el rematador.

En el citado juicio se embargó entre otros bienes un terreno denominado **San Laureano**, ubicado en el Municipio de Gámeza, y alinderado así:

"Por el pie, con tierras de Juan Albarracín, hoy de Teodoro Prieto; por un costado, con tierras de Anastasio Moreno y Cayetano Jaquis, y con el camino que viene de Mongua; por la cabecera, con terrenos de Jacinto González, a dar a un zanjón; de ahí, a dar a la quebrada que baja de Gámeza; ésta arriba, a dar a un terreno de David Niño, Francisco Puente y doctor Trinidad Salcedo; y por el último costado, con camino que va para Sogamoso, a dar al primer lindero."

En relación con el indicado inmueble se han propuesto dos articulaciones de desembargo. La una fue promovida por el doctor Manuel José Gómez, con el carácter de apoderado del señor Rafael Roselli, y se refiere al terreno denominado **San Laureano**, jurisdicción del Municipio de Gámeza, y alinderado en general así:

"Por la cabecera, con terrenos de Marco y Luis Moreno; por un costado, con camino público; por el pie, con terreno de Teodoro Prieto, y por el otro costado, con terreno de Honorio Colmenares."

La otra articulación la introdujo el mismo doctor Gómez como mandatario del señor Honorio Colmenares, y se refiere al terreno denominado **La Cruz**, ubicado en la vereda de Villa, jurisdicción del Municipio de Gámeza, alinderado en general así:

"Por el pie, con terrenos o propiedades de los herederos de Raimundo Montañés, Heliodoro Cómbita, Abel González, cercas de por medio, y sigue por una cuchilla todo un cimiento, a dar al camino que va para Mongua; por un costado y la cabecera, con el camino que va para Mongua, y por el último costado, con terreno de herederos de Jacinto González, por una hoyada, a dar a un cerro de piedra, y linda con tierra de Raimundo Parra, da a la quebrada de **Guntó**, y linda con el potrero de **San Laureano**, de la misma vendedora, a dar al primer lindero."

El Tribunal Superior de Tunja, a quien el Juez Ejecutor remitió el expediente en obedecimiento al precepto del artículo 1102 del Código Judicial, después de sustanciar las indicadas articulaciones, falló éstas en sendos autos datados a veinticinco de julio del año último, en los cuales se decretó el desembargo solicitado por los señores Rafael Roselli y Honorio Colmenares.

De uno y otro proveído pidió revocación y apeló en subsidio el ejecutado señor Rodríguez; y habiéndosele negado el primero de estos recursos, se le concedió el segundo para ante esta Sala de la Corte. Sustanciadas como se hallan ambas apelaciones, se procede a definirlas conjuntamente en este proveído, y al efecto se observa:

Consta de autos que el ejecutado señor Rodríguez fue rematador por contratos separados de dos rentas distintas en el Departamento de Boyacá: 1ª, la de degüello de la Provincia de Sugamuxi y región oriental del Territorio Vásquez; y 2ª, la de licores de la Provincia mencionada.

Para asegurar el manejo de esta última renta constituyó hipoteca sobre el terreno denominado **San Laureano**, sito en el Municipio de Gámeza, de propiedad de la señora Adriana Camargo viuda de Albarracín.

La presente ejecución ninguna relación tiene con el remate de la renta de licores, para seguridad del cual se constituyó gravamen hipotecario sobre el fundo de **San Laureano**, puesto que según se vio atrás, el mandamiento ejecutivo persigue solamente un saldo proveniente del remate de la renta de degüello. Y si a esta circunstancia se agrega que la expresada finca de **San Laureano** no fue hipotecada por el ejecutado como de su pertenencia sino como de propiedad de la señora Camargo de Albarracín, antes nombrada, y con poder de ésta, se verá fácilmente que el embargo del referido inmueble es exótico en el presente juicio.

En materia de pruebas, el articulante Roselli presentó las siguientes:

a) Copia legalizada y debidamente registrada de la escritura pública de dos de junio de mil novecientos veinticinco, pasada bajo el número ciento sesenta y nueve, ante el Notario segundo de Sogamoso, que da cuenta de la venta que Ignacio Albarracín hizo a Rafael Roselli de todos los derechos y acciones que le correspondieran o pudieran corresponderle por herencia de la madre del vendedor, señora Adriana Camargo de Albarracín, en dos lotes de terreno, uno de los cuales es el de **San Laureano**, ubicado en el Municipio de Gámeza;

b) Copia igualmente legalizada de la escritura número cuatrocientos uno, de treinta de marzo de mil novecientos veintiocho, otorgada en la Notaría primera de Sogamoso, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de la nombrada señora Camargo de Albarracín, en el cual aparece que al señor Ignacio Albarracín se le adjudicó un terreno denominado **San Laureano** en territorio del Municipio de Gámeza; y

c) Los testimonios de Alfonso Montejo, Hermógenes, Primitivo e Ignacio Vega, quienes deponen por conocimiento personal y directo, que el terreno a que se refiere la solicitud de desembargo de que se trata, es el mismo que fue embargado en el juicio y que las diferencias de linderos provienen de que en el embargo se incluyó además del terreno de **San Laureano**, el denominado **La Cruz**.

El articulante Colmenares adujo de su parte copia auténtica y registrada de la escritura pública número ciento veintidós, de diez de mayo de mil novecientos veintidós, extendida en la Notaría segunda de Sogamoso, en

la cual se consignó la venta hecha por la varias veces nombrada señora Camargo de Albarracín al articulante, de un potrero llamado **La Cruz**, con la ubicación y linderos determinados en la petición de desembargo; y las declaraciones de Hermógenes Vega, Alfonso Montejo y Primitivo Vega, quienes de manera conteste y dando la razón de su dicho, afirman que el terreno de **La Cruz**, por la alinderación ya conocida, está totalmente comprendido dentro del terreno de **San Laureano**, conforme a los linderos señalados a éste en el auto de embargo.

Como de la exposición precedente resulta que son fundadas las peticiones de desembargo que se vienen considerando, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma los autos que son materia del recurso, pronunciados por el Tribunal Superior de Tunja, con costas a cargo del recurrente. Tásense éstas.

Cópiese y notifíquese esta resolución e insértese en el órgano de la Corte.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, agosto veinte de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

Carlos Julio Diaz, en su carácter de apoderado de Francisco E. Sanabria, presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la siguiente demanda ordinaria contra la Nación:

"Yo Carlos Julio Díaz, mayor y vecino de esta ciudad, ante vosotros atentamente manifiesto:

"El señor Francisco E. Sanabria me ha conferido poder para que inicie y siga hasta su conclusión el juicio a que haya lugar para obtener de la Nación que le reconozca y pague el perjuicio que le ha causado por haberle matado un caballo de su propiedad. En tal virtud, y en ejercicio del poder que se me ha conferido, promuevo ante vosotros juicio ordinario contra la Nación colombiana, representada por el Fiscal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, para que previa la tramitación de un juicio ordinario, se declare lo siguiente:

"Que la Nación debe responder del daño que le ocasionó a mi poderdante por haberle inutilizado un caballo de su propiedad, por medio de los empleados de la Empresa del Ferrocarril de Girardot, hecho que tuvo lugar el día cuatro de agosto del año próximo pasado en la estación de San Joaquín, de la comprensión del Municipio de La Mesa.

"Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación debe pagar a mi representado la suma de ciento cincuenta pesos ($ 150) moneda corriente, en que se estimó el valor del caballo por peritos designados por el Jefe de la estación de San Joaquín.

"Que debe además pagar el lucro cesante ocasionado por las utilidades que dejó de percibir mi representado por el servicio del caballo, lucro cesante que estimo a razón de treinta pesos mensuales.

"Los hechos fundamentales de esta demanda son éstos:

"Primero. El día cuatro de agosto de mil novecientos veintiséis conducía el señor Manuel R. Sanabria, hermano de mi poderdante, y un muchacho, cuatro caballos de silla, de una de sus haciendas ubicadas en el Municipio de La Mesa, a la nombrada población, los que eran de mi mandante.

"Segundo. Entre estos caballos figuraba uno de color cisne, de cuatro años de edad, de buen tamaño y de magnífica clase.

"Tercero. Al llegar a la estación de San Joaquín, por el camino público que allí atraviesa la línea férrea, halló el señor Sanabria completamente obstruída la vía pública por unos tres o cuatro vagones que había dejado alguno de los trenes que por allí había transitado horas antes.

"Cuarto. Debido a este inconveniente, el señor Sanabria no pudo pasar y tuvo que demorarse allí con las bestias que conducía, y poco tiempo después llegó a la misma estación una máquina, la que a su llegada dio fuertes pitazos, espantando los caballos que conducía el señor Sanabria.

"Quinto. El caballo cisne de que se habló antes, buscó salida en dirección a la población de La Mesa, adonde lo acostumbraban a llevar, pero tropezó con los carros que obstruían la vía pública, no pudiendo por esta causa salvar la carrilera y la máquina que llegó lo cogió y le quitó una pierna, quedando por consiguiente el animal completamente inútil.

"Sexto. El maquinista que dejó los carros fue advertido por alguno de los empleados de la estación para que no dejara allí esos carros, sobre una vía pública y en día de mucha concurrencia, porque a la sazón se verificaba el mercado público en La Mesa, de modo que de parte de este empleado hubo una falta, lo que ocasionó el perjuicio de que se ha hablado.

"Séptimo El conductor de la máquina que atropelló el caballo también pudo evitar el daño deteniéndola, y no lo hizo.

"Octavo. El Jefe de la Estación y los demás empleados se cercioraron de que por negligencia o descuido del maquinista o empleado que dejó los carros y el otro que conducía la máquina, se produjo el daño de que se trata, y por esta causa ordenaron el avalúo del caballo, y se hicieron cargo de él, de tal manera que aun cuando algún campesino ofreció comprar el caballo para aprovecharse de la piel, no lo consintió el Jefe de Estación, y poco tiempo después lo mataron de un balazo, por su propia cuenta y riesgo.

"Noveno. Como se dijo antes, la vía férrea atraviesa el camino público que va para La Mesa, y allí no hay barrera alguna para que pueda cerrarse en momentos en que transitan los trenes, ni guardas encargados de impedir el paso de los transeúntes.

"La causa o razón de esta demanda es la que en general tiene el que ha sido perjudicado por alguna falta culpable o por algún acto negligente, para ser reparado de ese daño por los que lo ocasionaron o por los que se-

gún la ley deben responder de las faltas de sus dependientes o subalternos.

"En derecho se funda esta demanda en lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 62 de 1887, artículo 8º de la Ley 76 de 1920, y los artículos 1614, en relación con los 2341, 2342 del Código Civil y sus concordantes y relacionados de la obra citada."

Admitida la demanda el tres de septiembre de mil novecientos veintisiete, se corrió traslado de ella al señor Fiscal del Tribunal, quien la contestó negando el derecho invocado, mientras no se probara la culpa de la Empresa del Ferrocarril de Girardot. Cuanto a los hechos, se contentó con decir:

".... No me consta ninguno; por eso los niego todos y uno por uno para que se prueben en el juicio."

Abierto el negocio a prueba, ambas partes presentaron los que estimaron convenientes, y previa citación para sentencia, después de recibidos los alegatos de bien probado, el Tribunal procedió a proferir el fallo correspondiente con fecha 31 de julio de 1928, previas las consideraciones del caso. Dice el Juez de la primera instancia entre otras cosas lo siguiente:

"Ejercita el actor la acción consagrada por el artículo 2341 del Código Civil, y la dirige contra la Nación, como dueña del ferrocarril de Girardot.

"El hecho o culpa que causa perjuicio o daño a otro, se traduce en indemnización de perjuicios. Cuando el hecho que causa el perjuicio proviene de un vínculo jurídico preexistente, la culpa toma el nombre de contractual, y cuando entre quien la comete y el que la sufre, sea en su persona o en sus bienes, no están ligados (sic) por ninguna relación jurídica, la culpa toma el nombre de delictual, más conocida generalmente con el nombre de culpa aquiliana.

"Cuando la falta es delictual, sostienen algunos expositores que debe demostrarla quien la alega; más observan que hay casos determinados en que la ley establece la presunción de falta, y entonces debe destruírla el demandado, como por ejemplo en los perjuicios causados por un animal o por un ferrocarril.

La sentencia concluye así:

"Planteadas así las cosas, lo que debe demostrarse principalmente en este caso es si el Ferrocarril de Girardot, o mejor dicho, los encargados de él, pusieron la debida diligencia y cuidado para impedir que un tren causara en definitiva la muerte del caballo, cuyo precio reclama el demandante en este juicio.

"Está plenamente comprobado en autos que el cuatro de agosto de mil novecientos veintiséis el señor Manuel R. Sanabria llegó con cuatro caballos a la estación de San Joaquín, del ferrocarril de Girardot, y que no pudo atravesar la vía férrea que pasa por el camino público que de San Joaquín conduce a La Mesa, porque la halló obstruída con algunos vagones del ferrocarril; que debido a este inconveniente, Sanabria no pudo pasar y tuvo que demorarse allí con los caballos, y que mientras esto sucedió, llegó una máquina que con los pitazos que dio a la llegada se espantó uno de los caballos que llevaba, el de color cisne, que salió en dirección a La Mesa, pero que habiendo tropezado con los vagones que obstruían la vía pública, no pudo salvar la carrilera, y entonces corrió en dirección contraria a la de la máquina, la cual lo atropelló y le quitó una pierna, y que ya en ese estado fue muerto por los empleados del Ferrocarril.

"De manera que los hechos primero a sexto de la demanda están demostrados con las declaraciones claras y precisas de Miguel Mujica, Pablo Mujica, Emiliano Sánchez y Pantaleón Rivera, que por concordes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba, artículo 607 del Código Judicial.

"Establecido lo anterior, es el caso de averiguar si en ese accidente le cabe culpa a la parte demandada, ya por negligencia o descuido, ya por la ejecución de algún hecho positivo causante de aquél.

"El artículo 8º de la Ley 76 de 1920 es del siguiente tenor:

'Es obligación de toda empresa de ferrocarril mantener la vía debidamente cercada, a uno y otro lado, salvo los pactos especiales con los colindantes. La falta de cumplimiento de esta disposición impone a la respectiva empresa la obligación de resarcir los daños y perjuicios consiguientes a la infracción.

'En todos los puntos en que los ferrocarriles crucen a nivel de los caminos públicos, se establecerán barreras que deben cerrarse, si posible, automáticamente, con la debida anticipación antes del paso de los trenes y abrir después de que éste se efectúe.

'En los lugares a donde no sea posible establecer barreras, se mantendrán permanentemente guardas encargados de impedir el paso a transeúntes en el momento de circular los trenes.'

"De las declaraciones antes citadas, y de algunas de las presentadas por el mismo representante de la parte demandada, aparece demostrado plenamente que la línea del ferrocarril de Girardot cruza el camino que de San Joaquín conduce a La Mesa, y que en ese punto no existen barreras que deben cerrarse antes del paso de los trenes, ni que hay guarda encargado de impedir el paso a transeúntes en el momento de circular los trenes.

"Ahora bien: el artículo citado es de aplicación general, y por eso el artículo 1º de la prenombrada Ley 76 es del tenor siguiente:

'Los ferrocarriles de cualquiera clase, construídos en Colombia, estarán sujetos a las prescripciones de la presente Ley y de los decretos reglamentarios que el Gobierno dicte en su desarrollo.'

"De lo anterior concluye el Tribunal que la primera petición de la demanda debe prosperar.

"Mas aun cuando no existiera la ley que acaba de citarse, siempre la Nación sería responsable de la pérdida del caballo de Sanabria, quien ha comprobado plenamente con las declaraciones citadas, la propiedad de éste, porque por obra de los empleados del Ferrocarril de Girardot se obstruyó la vía pública con unos vagones del ferrocarril, y por este hecho acaeció la demora de quien conducía los caballos, y esta demora fue causa del accidente que dio por resultado la pérdida del caballo cisne.

"Fue, pues, por culpa de los empleados de la Nación que la vía pública quedó obstruída, y como esa culpa

trascendió a un tercero y le causó daño, hay lugar a la indemnización de acuerdo con el artículo 2341 del Código citado. Aunque esta culpa fue cometida por empleados del Ferrocarril de Girardot, es responsable la Nación, por ser el ferrocarril de propiedad de ésta, y por aplicación del principio que informa el artículo 2341 ibídem.

"El señor Agente del Ministerio Público presentó varias declaraciones y propuso la excepción de caso fortuito.

"Examinadas esas declaraciones, corroboran el dicho de los testigos presentados por el demandante y en nada demuestran la carencia de culpa por parte de la Nación.

"En cuanto a la excepción de caso fortuito, no está demostrada porque no se ha presentado ni siquiera una prueba que haga ver que no fue posible situar los vagones del ferrocarril en parte distinta del punto en que los rieles del ferrocarril atraviesan el camino real que va para La Mesa, como tampoco que haya sido imposible hacer la barrera de que trata el artículo 8º de la Ley 76, o poner los guardas a que se refiere dicha disposición. La fuerza mayor o caso fortuito depende, según el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, de un hecho imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, y ya se ha visto que la prueba de ese hecho no se ha presentado.

"La segunda petición de la demanda no puede prosperar, porque en este juicio no fue avaluado el caballo, como se ha debido hacer. Cierto es que los testigos declaran que hubo un avalúo ordenado por el Jefe de la Estación de San Joaquín, pero habiendo sido éste extrajuicio, en nada influye en el presente litigio. De ahí que haya que remitir a las partes a un juicio distinto, para que en él se fije el valor del caballo.

"La tercera petición de la demanda tampoco puede prosperar, porque no se demostró, pero ni siquiera en principio, el perjuicio que haya recibido el demandante por la pérdida del caballo, perjuicio que el actor hace consistir en las utilidades que dejó de percibir por el servicio del caballo, pero las utilidades que se derivaran del uso de tal semoviente, no se establecieron en el juicio.

"Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, condena a la Nación a pagar a Francisco E. Sanabria el valor del caballo cisne de silla, inutilizado por el ferrocarril de Girardot el día cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro, en la estación de San Joaquín. El valor de este caballo será fijado en un juicio distinto. Se absuelve a la Nación de los demás cargos deducidos en la demanda.

"No es el caso de hacer condenación en costas, tanto por ser la demandada la Nación, como por no haber prosperado varias de las peticiones del libelo."

Ambas partes apelaron del fallo referido, y en esta Superioridad el juicio se abrió a prueba por solicitud del demandante, quien demostró con declaraciones de testigos que el caballo cisne de que se trata, por sus buenas condiciones, valía cuando pereció por causa del accidente referido, de ciento cincuenta a doscientos pesos; y que por esas mismas condiciones era empleado principalmente en el servicio de vaquería, servicio que, según los testigos, daría un rendimiento mensual de quince a veinte pesos.

En su alegato de conclusión el actor pide que se reforme el fallo apelado en el sentido de reconocer de una vez el valor del semoviente y de ordenar el pago de la ganancia o provecho que su dueño dejó de reportar por la pérdida del animal; es decir, el lucro cesante.

El Procurador General, como representante de la Nación, acoge en todas sus partes los razonamientos del fallo recurrido y pide que se confirme.

Cumplidas las formalidades de la segunda instancia, y no observando en el juicio motivo alguno de nulidad, la Corte entra a decidir la controversia de esta manera:

Es evidente que el caballo cisne del señor Sanabria se perdió para él definitivamente por culpa de los empleados del Ferrocarril de Girardot, propiedad de la Nación, ya que dichos empleados obstruyeron la vía pública con algunos carros, impidiendo así el paso oportuno del animal por el camino que debía seguir y dando lugar a que la bestia asustada por los pitazos de la locomotora fuera a estrellarse contra ésta. Lo dicho está comprobado con declaraciones contestes de testigos presenciales y con el hecho de que el caballo moribundo fue rematado para que no sufriera, después de estimado su valor, todo por disposición de un empleado del Ferrocarril, lo cual significa un principio tácito de reconocimiento del daño causado por los agentes de la Empresa. Esto sin contar lo que las leyes pertinentes disponen para evitar los peligros en las ferrovías, disposiciones que no se cumplieron en la ocasión contemplada. De suerte que es el caso de la indemnización del daño, según lo determina el artículo 2341 del Código Civil.

El precio del caballo no fue establecido en este juicio por medio de **peritos**, como lo manda la ley. De modo que hay que remitir a las partes a otro distinto para este particular. Y cuanto a perjuicios por lucro cesante, hay que tener en cuenta la ausencia de elementos para deducir éste, ya que la prueba de testigos a que se acudió para establecer la ganancia o provecho que el dueño del caballo hubiera podido reportar de los servicios del mismo en el futuro, no es apta para esa clase de apreciaciones.

Los testigos deponen sobre los hechos sujetos a los sentidos, es decir, sobre lo que ven, oyen, gustan o palpan, al paso que los peritos conceptúan sobre lo que entienden o juzgan de acuerdo con las reglas o principios a que pertenece el punto sobre que versa su dictamen.

No se ha acreditado, pues, en la forma legal el valor del caballo, ni se ha dado la prueba aceptable en derecho acerca del lucro cesante, y por esto la Corte Suprema, acorde con el Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes el fallo materia de la alzada. Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, octubre 29 de 1932. | Número 1869

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

El señor David H. Zapata, vecino de Bogotá, acusa los artículos 12 de la Ley 102 de 1927; 6° y 7° de la 72 de 1917, como opuestos a los artículos 80, parágrafo 2°; 31, 169 y 76 de la Constitución Nacional.

Posteriormente la señora Elena Guillén viuda de Martín, en demanda prohijada por los señores Ignacio Guillén, Carlos y Felipe Martín, pide se declaren inexequibles el parágrafo del artículo 1° y el artículo 12 de la Ley 102 de 1927, así como el 7° de la 72 de 1917, por ser estas disposiciones violatorias de los mismos textos constitucionales señalados como infringidos por el señor David H. Zapata en su demanda.

A moción del señor Procurador General de la Nación, se acumularon las dos demandas mencionadas, y acerca de ellas emitió concepto favorable en parte el mismo funcionario.

Siendo llegado el caso de fallar las demandas acumuladas, se consignan algunas consideraciones.

Las disposiciones que se acusan son del siguiente tenor:

Artículo 6° de la Ley 72 de 1917:

"La revisión ordenada por el parágrafo 2° del artículo 2° de la Ley 80 de 1916, para los juicios de pensiones que se estén pagando actualmente, deberá continuarse hasta que todos ellos queden revisados en la forma prescrita por la citada disposición."

Artículo 7° ibídem:

La revisión de que trata el artículo anterior y el artículo 2° de la Ley 80 de 1916, versará:

"1° Sobre la estricta aplicación o interpretación de las disposiciones legales sobre la materia.

"2° Sobre la veracidad o autenticidad de las pruebas que sirvieron para decretar la pensión.

"3° Sobre la situación pecuniaria del agraciado, de acuerdo con lo que esta Ley dispone.

"4° Sobre si la invalidez del militar, si fuere el caso, le impida trabajar o ganarse la vida al agraciado.

"5° Sobre la buena conducta que notoriamente haya observado u observe el pensionado antes o después de recibir la merced concedida."

Artículo 1°, Ley 102 de 1927:

"Auméntase la asignación mensual de las pensiones que paga el Tesoro Nacional, en la siguiente forma: las de ochenta pesos ($ 80) o más, sin llegar a ciento veinte pesos ($ 120), en un diez por ciento (10 por 100); las de cincuenta pesos ($ 50) o más, sin llegar a ochenta pesos ($ 80), en un veinte por ciento (20 por 100); las de treinta pesos ($ 30) o más, sin llegar a cincuenta pesos ($ 50), en un cuarenta por ciento (40 por 100), y las menores de treinta pesos ($ 30), en un ciento veinte por ciento (120 por 100).

"Parágrafo. Las pensiones que se hubieren decretado de conformidad con la llamada Ley 78 del año pasado, se reducirán en la proporción establecida en este artículo."

Artículo 12 de la misma Ley:

"El Consejo de Estado pleno, con intervención del Fiscal, dará cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6° y 7° de la Ley 72 de 1917, para lo cual dictará previamente un acuerdo relativo al procedimiento breve y sumario que debe seguir. Tanto la demanda de revisión como las declaraciones, certificado y demás pruebas, se extenderán en papel simple y no causarán derecho de ninguna clase.

"Parágrafo 1° El plazo para presentar las demandas de revisión de las pensiones ya decretadas, será de doce (12) meses, contados desde la promulgación de esta Ley, y el Consejo dictará el acuerdo en el término de treinta días, contados desde la sanción de la misma. Terminada la actuación en cada asunto, el Consejo dictará el fallo respectivo en el término improrrogable de quince días.

"Parágrafo 2° El Consejo dará aviso al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de los fallos favorables y adversos que dicte, a fin de que suspenda o se siga pagando la pensión respectiva; y transcurridos los doce meses fijados para interponer el recurso de revisión, pasará una relación completa de las personas que lo hubieren instaurado, para que el Ministerio suspenda indefinidamente el pago de las pensiones a las personas que no lo hubieren hecho.

"Queda reformado en estos términos el parágrafo 2° del artículo 2° de la Ley 80 de 1916."

La revisión de los fallos sobre pensiones que ordenan las disposiciones acusadas, es impugnada en la demanda de la señora Guillén de Martín, de la manera siguiente:

"Este mismo artículo 12 de la Ley 102, por imponer a los pensionados la obligación de demandar una revisión extraña a sus derechos; por señalarles un término fatal para hacer esa misma revisión; por sancionar con la pérdida de la pensión a quienes no hayan demandado la revisión dentro de ese mismo término, constituye una subversión total de los principios tutelares de derecho en materia de obligaciones, firmeza de los fallos judiciales, fuerza de la cosa juzgada, etc.

"En efecto, la revisión es un recurso voluntario instituído en favor de quienes se consideran perjudicados con un fallo y con el objeto de reparar el agravio inferido por él; en el artículo acusado todo es enrevesado; en vez de voluntario es forzoso el recurso; en vez de ejercitarlo el perjudicado, se le impone al favorecido con el fallo a quien por lo mismo nada le interesa; el favorecido tiene que demandar la revisión del fallo que favorece y ampara su derecho, en vez de ser el contradictor o perjudicado, que es a quien puede aprovechar el recurso en el caso de que llegue a libertarlo de la obligación impuesta en el fallo recurrido; la omisión de la interposición o ejercicio de un recurso, ya sea de revisión o cualquiera otro, hace firme y definitiva la sentencia no recurrida, y en el artículo acusado esta omisión produce la pérdida del derecho o la cancelación de la obligación reconocida en la sentencia, y así todo. En este concepto el artículo no solamente es contrario a los artículos 76 y 80 ya citados, sino también al artículo 31 de la misma Constitución, porque vulnera derechos adquiridos con justo título y con arreglo a la ley."

En términos análogos se produce sobre el particular el señor David H. Zapata.

La Corte observa:

En varios ordenamientos se había dispuesto que no tendría derecho a pensión ni recompensa quien tuviera capital, oficio, profesión o empleo que le produjera una renta mensual mayor de cincuenta pesos; que el que estando en goce de pensión llegara a obtener dicha renta, perdería el derecho a la pensión, y que en la misma pérdida se incurriría por notoria mala conducta y por otras causas.

El parágrafo 2º, artículo **ibídem**, Ley 80 de 1916, dispuso que el Fiscal del Consejo de Estado promoviera inmediatamente ante la Sala respectiva de aquella corporación la revisión de los juicios en que se hubieran decretado las pensiones que a la sazón se estaban pagando, y que la Sala fallaría el asunto conforme a los documentos que el Gobierno, al reglamentar esa Ley, ordenaría allegar al expediente.

Estos son a grandes rasgos los antecedentes de las disposiciones cuya inexequibilidad ha sido demandada.

El cargo relativo al hecho de constituir derechos adquiridos las pensiones una vez decretadas y de estar en tal virtud protegidas por el artículo 31 de la Constitución, que ampara los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, no entra a considerarlo en el fondo la Corte, por no ser ello necesario, desde luégo que aun en el caso de tener las pensiones decretadas el carácter de derechos adquiridos, ello no se opondría a la revisión ordenada por las disposiciones que son objeto de acusación, como se demuestra en seguida.

El hecho de que se haya impuesto a los pensionados del Tesoro Público o a algunos de ellos la obligación de someter sus pensiones a una revisión por el Consejo de Estado, en manera alguna implica el desconocimiento de sus derechos. Lo que ocurre es que se ha sujetado la subsistencia de ese derecho a una condición que aquéllos deben llenar y de la cual han quedado impuestos por las leyes respectivas. El respeto de un derecho no impide que el legislador pueda regular su ejercicio y señalar en tal virtud los requisitos necesarios para su posterior efectividad. En el caso que se examina no ha hecho otra cosa la ley que prescribir un requisito a que deben someterse los pensionados para el goce de su derecho, sancionando con la suspensión indefinida de éste la inobservancia de dicho precepto; es decir, ha regulado el ejercicio de ese derecho, sin desconocerlo.

Lo que se viene diciendo no es otra cosa que una aplicación de la norma consagrada en el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, conforme a la cual los derechos nacidos bajo una ley subsisten bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en todo lo tocante a su extinción, prevalecen las disposiciones de la nueva ley.

Igual doctrina sentó la Corte en sentencias de 16 de diciembre de 1914, sobre inexequibilidad de la Ley 3ª de 1907, y de 9 de noviembre de 1929, sobre inexequibilidad de la Ley 84 de 1927.

La circunstancia de que sea el favorecido con la pensión quien haya de promover la revisión, puede ser, si se quiere, anómalo, mas no implica violación de precepto constitucional alguno ni desconocimiento del derecho que tenga o pueda tener el pensionado.

En lo que respecta al parágrafo del artículo 1º de la Ley 102 de 1927, acusado por la señora Guillén viuda de Martín, sin entrar a decidir la Corte acerca del carácter jurídico de las pensiones por no ser ello necesario, cabe observar, entre otros motivos, que lo rebajado por tal disposición fueron aumentos que la Ley 78 de 1926 concedió a pensiones ya decretadas, y por consiguiente, bien pudo el legislador hacer esa reducción como habría podido hasta suprimirlos derogando la Ley.

La infracción alegada por uno y otro demandante de los artículos 76 y 80, ordinal 2º de la Constitución, el primero de los cuales señala las atribuciones del Congreso y el segundo establece que las leyes sobre materia civil y procedimiento judicial no podrán ser modificadas sino en virtud de proyectos presentados por las comisiones permanentes especiales de una y otra Cámara, puede resumirse así:

El artículo 12 de la Ley 102 de 1927, al disponer que el Consejo de Estado dicte un acuerdo relativo al procedimiento breve y sumario que la misma corporación debe seguir en la revisión de las pensiones, declina en el Consejo de Estado la facultad que el Congreso tiene de establecer el procedimiento judicial, y con ello rebasa las atribuciones que el legislador puede ejercer por medio de leyes, una vez que el artículo 76 de la Carta, al enumerar dichas atribuciones, no menciona la de delegar en el Consejo de Estado ni en ninguna otra entidad, la facultad privativa que el Congreso tiene de arreglar el procedimiento judicial, el cual debe ser establecido por medio de leyes que sólo pueden tener origen en los Ministerios del Despacho o en las comisiones especiales que menciona el ordinal 2º del artículo 80 de la Constitución.

Se observa:

El artículo 3º de la Ley 116 de 1928 dispuso:

"El procedimiento en los juicios de pensiones será para el Consejo de Estado el indicado en los Acuerdos números 2 y 5 de 1928, dictados por aquella entidad, los cuales podrán modificarse por el Consejo."

A virtud de este texto legal la acusación que se estudia ha venido a quedar desierta por sustracción de materia, una vez que la disposición que autorizó al Consejo de Estado para acordar el procedimiento breve y sumario que el mismo Consejo debía seguir en la revisión de las pensiones, no está produciendo hoy efecto a causa de haber sido reemplazada por la disposición preinserta que

dio carácter de ley a los acuerdos expedidos por el Consejo de Estado para arreglar el procedimiento observable en la revisión de las pensiones. Esto hace que no haya lugar a considerar dicha acusación.

Queda por examinar el cargo consistente en violación del artículo 169 del Estatuto, conforme al cual "los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley."

La garantía especial que este texto otorga a los grados, honores y pensiones militares, se explica suficientemente si se tiene en cuenta que ella constituye una justa compensación de las privaciones y sacrificios, inclusive el de la vida misma, que la carrera militar impone a quienes la siguen, y que para que la Nación pueda contar con un Ejército digno y respetable, es menester que los que se dedican al servicio de las armas tengan la seguridad de que cuando por razón de edad o de enfermedad hayan de abandonar dicho servicio, estando ya incapacitados para iniciarse en otra carrera o profesión, no podrán ser privados arbitrariamente de los grados y pensiones conquistados al servicio de la República. Esa la razón de que el constituyente establezca como condición indispensable para que un militar pueda ser privado de aquellos honores y galardones, la existencia de una ley que defina las causas y el modo como pueda llegarse a tales resultados.

Ahora bien, como los artículos 6º y 7º de la Ley 72 de 1927, que han sido acusados, sí determinan el modo como los pensionados, tanto civiles como militares, pueden ser privados de sus pensiones, una vez que establecen el procedimiento de revisión de éstas y además señalan las causales que pueden dar lugar a tal revisión, síguese que las indicadas disposiciones sí llenan las exigencias del artículo 169 de la Constitución, desde luégo que, como se ha visto, la revisión de que se trata dice relación al ejercicio del derecho de los pensionados y puede en tal concepto ser regulada por medio de leyes posteriores al reconocimiento de la pensión.

En razón de lo dicho, la Corte Suprema, reunida en pleno, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no son inexequibles el parágrafo del artículo 1º de la Ley 102 de 1927; el artículo 12 de la misma Ley, ni los artículos 6º y 7º de la Ley 72 de 1917, acusados en las demandas del señor David H. Zapata y de la señora Elena Guillén viuda de Martín, que se hallan acumuladas.

Cópiese, notifíquese, pásese copia al señor Ministro de Gobierno e insértese en el órgano de la Corte. Archívese el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. José Miguel Arango—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández — Tancredo Nannetti—Germán B. Jiménez—Luis F. Rosales—Francisco Tafur A.—Juan E. Martínez**—El Conjuez, **Francisco Samper Madrid—Augusto N. Samper,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Enrique A. Becerra.

La sentencia que precede contiene este concepto:

"En lo que respecta al parágrafo del artículo 1º de la Ley 102 de 1927, acusado por la señora Guillén viuda de Martín, sin entrar a decidir la Corte acerca del carácter jurídico de las pensiones por no ser ello necesario, cabe observar, entre otros motivos, que lo rebajado por tal disposición fueron aumentos que la Ley 78 de 1926 concedió a pensiones ya decretadas, y por consiguiente, bien pudo el legislador hacer esa reducción como habría podido hasta suprimirlos derogando la Ley."

Me separo del concepto expresado, porque aunque allí se advierte que la Corte se abstiene de decidir sobre si las pensiones constituyen o nó un derecho adquirido, prácticamente al admitir la facultad de reducir los aumentos que las favorezcan, desconoce este carácter; pues los aumentos que se decreten por el legislador, después de haber sido dictadas las sentencias que reconocen las pensiones, forman parte integrante de ellas y tienen como causa los mismos hechos que generaron ese reconocimiento. Y como donde existe la misma razón jurídica debe imperar la misma disposición legal, si la sentencia que adjudica la pensión coloca en el patrimonio del beneficiado el derecho a percibirla, así también el aumento decretado luégo por la ley forma parte del mismo patrimonio y constituye un derecho que debe respetarse tanto como aquél.

Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos treinta y dos.

Enrique A. Becerra

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, septiembre diez y seis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

En ejercicio de la acción popular que consagra el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, los doctores Alejandro Botero U., Dionisio Arango, Francisco E. Tovar, Manuel M. Toro, Joaquín García Rojas, Miguel Moreno J., Luis Toro Escobar y Luis Navarro Ospina, en escrito fechado el 8 de enero de 1931, solicitan que la Corte declare inexequibles como inconstitucionales los artículos 1º y 2º de la Ley 72 de 1930, "en desarrollo del artículo 168 de la Constitución Nacional."

Los acusadores acompañan a su demanda el número 21572 del **Diario Oficial,** en que aparece publicada la Ley materia de la acusación.

De la demanda se dio traslado al señor Procurador General de la Nación, quien después de analizar en extenso memorial los fundamentos de la demanda, conceptuó que los artículos acusados no tienen la tacha de inconstitucionalidad con que se les señala.

Agotada así la tramitación que corresponde a esta clase de negocios, procede la Corte a decidir lo que aparece en seguida.

Los artículos acusados de la Ley 72 de 1930 dicen:

"Artículo 1º La fuerza armada no es deliberante. En consecuencia, los miembros del Ejército, de la Policía Nacional y de los cuerpos armados de carácter permanente, departamentales o municipales, no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo."

"Artículo 2º Esta Ley regirá desde su sanción."

La demanda de inexequibilidad se funda en que las disposiciones de los artículos 1º y 2º de la Ley 72 de 1930 son contrarias a los artículos 43 y 44 del Acto legislativo número 3 de 1910, y a los artículos 16, 17, 85 y 168 de la Carta Fundamental de la República.

I

Sostienen los demandantes que el artículo 1º de la Ley acusada pugna abiertamente con los artículos 16 y 17 de la Constitución, porque, a su juicio, "estos preceptos fundamentales señalan taxativamente las limitaciones constitucionales de la ciudadanía, ya en forma de pérdida, ora en forma de suspensión en su ejercicio; limitaciones éstas que entrañan, en forma taxativva también, los únicos casos en que el legislador, en el ejercicio de sus funciones, puede establecer limitaciones al ejercicio de la función o del derecho de sufragio. Si el legislador, según reglas de hermenéutica universal, no puede ampliar limitaciones al ejercicio de derechos o funciones constitucionales, taxativamente señaladas por el constituyente, y no puede revocarse a duda que el artículo 1º de la Ley 72 de 1930 establece limitaciones al ejercicio del sufragio en forma más amplia que la consagrada por la Constitución, evidente es la inconstitucionalidad de la ley acusada."

Se considera:

Los artículos de la Constitución que se dicen violados son del tenor siguiente:

"Artículo 16. La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad.

"También pierde la calidad de ciudadano quien se encuentre en uno de los siguientes casos, judicialmente declarados:

"1º Haberse comprometido al servicio de una Nación enemiga de Colombia;

"2º Haber pertenecido a una facción alzada contra el Gobierno de una Nación amiga;

"3º Haber sido condenado a sufrir pena aflictiva;

"4º Haber sido destituído del ejercicio de funciones públicas, mediante juicio criminal o de responsabilidad;

"5º Haber ejecutado actos de violencia, falsedad o corrupción en elecciones.

"Los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación del Senado."

"Artículo 17. El ejercicio de la ciudadanía se suspende:

"1º Por notoria enajenación mental;

"2º Por interdicción judicial;

"3º Por beodez habitual;

"4º Por causa criminal pendiente, desde que el Juez dicte auto de prisión."

Si bien es cierto que el legislador no puede establecer otras limitaciones a la ciudadanía, distintas de las consignadas en los dos artículos constitucionales que citan los demandantes y que se han dejado transcritos, no es menos cierto que la ciudadanía no se confunde con la función del sufragio. El derecho de elegir es apenas un atributo de la ciudadanía, pero no es la ciudadanía misma. Para elegir o ser elegido se requiere ser ciudadano, de acuerdo con el artículo 18 de la Constitución; pero para ser ciudadano no se necesita el ejercicio de la facultad constitucional del sufragio.

En derecho colombiano es preciso distinguir la cualidad de **ciudadano** y la de ciudadano **elector y elegible.** "Son ciudadanos—dice el artículo 15 de la Constitución—los colombianos varones mayores de veintiún años, que ejerzan profesión, arte u oficio, o tengan ocupación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia." Los ciudadanos que no sepan leer y escribir, o no tengan una renta anual de trescientos pesos, ni propiedad raíz de valor de mil pesos, no pueden elegir Presidente de la República ni Representantes, en conformidad con el artículo 44 del Acto legislativo número 3 de 1910. A pesar de ser ciudadanos, no pueden ser elegidos Senadores sino los colombianos de nacimiento, mayores de treinta años y que reúnan los otros requisitos que exige el artículo 94 de la Constitución. Ni puede ser elegido Representante quien, siendo ciudadano no suspenso, tenga menos de veinticinco años (artículo 100). "El Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Procurador General de la Nación y los Gobernadores, no podrán ser elegidos miembros del Congreso sino tres meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. Tampoco podrá ser Senador o Representante ningún individuo por Departamento o Circunscripción Electoral, donde tres meses antes de las elecciones haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar" (artículo 22, Acto legislativo número 3 de 1910). "Para ser Presidente de la República se requieren las mismas cualidades que para ser Senador" (artículo 115 de la Constitución).

La Constitución no prohibe elegir Diputados a los altos empleados a que alude el aparte anterior; pero el legislador sabiamente dispuso, en los artículos 214, 215 y 216 de la Ley 85 de 1916, que tampoco puedan ser elegidos Diputados, pues donde existe el mismo motivo debe existir la misma disposición. Como se ve, estas disposiciones legales se dictaron en desarrollo del artículo 22 del Acto legislativo número 3 de 1910.

Al ser jurídicamente aceptable la tesis de los demandantes, los preceptos legales citados serían inconstitucionales. Tales preceptos cristalizan un principio esencialmente democrático y se amoldan a la Constitución.

Las citas que se han hecho de la Constitución y de los Actos legislativos reformatorios, patentizan, de manera inconcusa, que la función del sufragio no se confunde con la ciudadanía. De manera que la restricción establecida por el artículo 1º de la Ley 72 no es, ni con mucho, una limitación de la ciudadanía.

El sufragio es, según nuestra Carta Fundamental, una función constitucional "porque el legislador constituyente ha creído que el sufragio no es un derecho natural o individual sino una función pública, que sólo puede y debe ser encomendada a quienes ofrecen motivo para presumir que la ejercerán con dignidad, independencia y acierto." (José María Samper, Derecho Público, tomo II, página 22).

II

Pugna—dicen los demandantes—el artículo 1º de la Ley 72 con la letra y el espíritu del artículo 168 de la Constitución que pretende desarrollar. "Abiertamente contraría la disposición acusada la letra del artículo 168 de la Carta Fundamental, porque el principio 'la fuerza armada no es deliberante,' rige únicamente para el Ejército, como a las claras lo pregona el 'Título XVI—De la fuerza pública' y el 'Sumario' que le sigue, todas las disposiciones que contiene y el mismo artículo 168, pues al desarrollar el principio 'la fuerza armada no es deliberante,' se refiere expresamente al Ejército. La Policía, como los cuerpos armados de carácter permanente, departamentales o municipales, no pueden confundirse ni equipararse, ya científica, ya constitucionalmente, con

el Ejército o la milicia. Bien claro proclámalo así el artículo 21 de la Constitución, para no aducir otras razones, al establecer excepción única al principio sobre la responsabilidad de quienes ejecutan órdenes manifiestamente violatorias de la Constitución, en favor de los militares en servicio activo. Por consiguiente, peca contra la letra del artículo 168 de la Constitución el artículo 1º de la Ley 72 de 1930, al extender el principio constitucional a cuerpos distintos del Ejército o milicia. Por otra parte, el artículo 168 de la Constitución ha desarrollado el principio constitucional indicado, descendiendo a detalles como los de que la fuerza armada no podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y la moralidad del Ejército; y no es lícito al legislador, salvo delegación expresa, el dar a un principio constitucional que ha sido desarrollado por el propio constituyente, ampliar o restringir el desarrollo dado por él a un canon fundamental, como lo hace el artículo 1º de la Ley 72, al ampliar el desarrollo del principio constitucional 'la fuerza armada no es deliberante' hasta establecer la limitación al ejercicio del sufragio para los individuos que prestan servicio activo en la milicia, en la Policía Nacional y en los cuerpos armados de carácter permanente, departamentales o municipales; limitación que no contiene el desarrollo dado por el artículo 168 de la Carta Fundamental, al principio por él mismo sentado."

Se considera:

Esta tacha se puede descomponer en dos partes: 1ª El principio "la fuerza armada no es deliberante," rige únicamente para el Ejército; 2ª Dicho principio ha sido desarrollado por la Constitución y no es lícito al legislador ampliar o restringir el desarrollo dado por el constituyente a un canon fundamental.

1ª Tanto en el pensamiento del constituyente como en el objeto mismo de la fuerza armada, ésta comprende no sólo el Ejército, sino también la Policía Nacional, Departamental y Municipal. En efecto, si el constituyente hubiera querido restringir el principio sólo al Ejército, habría usado la palabra concreta **Ejército**, en vez de la expresión general **fuerza armada**. A este respecto el autorizado concepto de don José María Samper es concluyente. Dice así el señor Samper:

"Si el Estado tiene derechos y deberes, por cuanto es el símbolo de la sociedad organizada, necesario es que se halle en capacidad de ejercer correctamente los unos y cumplir plenamente con los otros, todo en beneficio de la sociedad misma, o de todos y cada uno de sus miembros. De aquí la necesidad de una fuerza pública organizada que dé eficacia al derecho y al deber, ora se llame Policía, Resguardo, Ejército, Milicia, Gendarmería, o como se quiera; fuerza que sirve para compeler al mantenimiento del orden legal y a obedecer las providencias de la autoridad, cuando voluntariamente no se allanan a ello los ciudadanos, y cuya presencia es por sí sola una garantía de paz y de seguridad. Tan necesaria es la institución que no hay país alguno organizado que no la tenga. Aun Inglaterra, la Unión Americana y Suiza, que dan la preferencia al régimen civil y a las milicias, mantienen un Ejército permanente, sin perjuicio de sostener cuerpos de policía, de marina de guerra u otros, que son **siempre formas de la fuerza pública organizada.**" (Samper, obra citada).

El constituyente de Cundinamarca del año 1811, dice que "el objeto de la fuerza armada es el de defender al Estado de todo ataque y toda irrupción enemiga, evitar conmociones y desórdenes en el interior, y celar el cumplimiento de las leyes."

Es regla legal de hermenéutica que las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, a no ser que el legislador las haya definido expresamente (artículo 28 del Código Civil). El legislador no ha definido la **fuerza armada**, por lo cual es preciso tomar esa expresión en su significado común. En su Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, Escriche trae esta definición: **"fuerza pública, fuerza armada:** la reunión de individuos armados para asegurar la tranquilidad exterior e interior del Estado." Ni vale argüir contra lo dicho que el artículo 168 se refiere sólo a los militares, por el hecho de haber establecido el artículo 21 que los militares en servicio activo quedan exentos de responsabilidad personal, recayendo ésta en el superior que da la orden, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, porque ese artículo sólo establece excepción al principio general de la responsabilidad, ni puede inducirse de allí que el constituyente haya definido la fuerza armada, limitándola sólo al Ejército. La Policía, y en general los cuerpos armados de carácter permanente, están virtualmente comprendidos en la **fuerza armada**, porque aquéllos entran esencialmente en la definición de ésta.

La premisa no es, pues, exacta.

2º Se refiere esta proposición a la parte del artículo 168, que dice:

"....No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima; ni dirigir peticiones sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad del Ejército y con arreglo a las leyes de su instituto."

El pensamiento contenido en este artículo resulta claro si se tiene en cuenta la primera parte de la disposición constitucional y la definición que del verbo **deliberar** trae el Diccionario de la Academia Española: "considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de nuestras decisiones, antes de cumplirlas o realizarlas."

Elegir, sufragar, dar voto, no es el acto material de depositar una papeleta en la urna. Acogiendo el concepto del señor Procurador, "elegir, la misma formación filológica lo dice, es comparar entre dos o más cosas o personas y optar por una de ellas; pesar el pro y el contra de un principio, de una idea o de una doctrina que son actos de la inteligencia para determinar a la voluntad a escoger uno determinado. Toda elección, así se tome la palabra en el sentido filológico que ella tiene o en el puramente legal, implica necesariamente una deliberación previa, es decir, un raciocinio, que arrastra a la voluntad a obrar en determinado sentido." Esto es así, porque el sufragio debe ser puro y libre, y no hay pureza y libertad en el voto del sufragante que por disposición constitucional no puede deliberar. En su exposición al Consejo de Delegatarios, recomendaba el Presidente Núñez que "en lugar del sufragio vertiginoso y fraudulento, deberá establecerse la elección reflexiva y auténtica."

De manera que de una recta interpretación del principio "la fuerza armada no es deliberante," se deduce que en él está comprendido el acto de sufragar o votar. Esta interpretación del artículo 168 de la Constitución es con-

forme con el principio de Derecho Público según el cual en materia de interpretación de la Constitución rigen principios más amplios que los aplicables a la interpretación de las leyes. Entre los primeros predomina el cánon de que las disposiciones constitucionales dictadas en salvaguardia de un principio fundamental de derecho político, o para la protección de la libertad de los ciudadanos, no deben interpretarse literalmente sino que debe atenderse al objeto primordial con que fueron dictadas y al principio que les sirvió de fundamento.

El objeto primordial y el motivo con que fue dictado el principio que se estudia y la disposición de la ley acusada, "son de alta conveniencia pública. Sustraer a los miembros de la institución armada de la lucha política para colocarlos en el puesto que hoy ocupan de defensores de las libertades públicas de todos los colombianos; quitarles el estigma de guardias de pretorio con que los tiznaron las pasiones de bandería; devolverles una dignidad que se les quitó y que ellos necesitan para cuando llegue la hora de los supremos sacrificios; mantener en toda su pureza la disciplina militar, conservando por una parte la autoridad de los jefes y por otra la fiel obediencia del soldado, y conservar a Colombia la fisonomía augusta de una democracia eminentemente civil." (Concepto del Procurador).

Don José María Samper, comentando el artículo 168, se expresa en los siguientes términos:

"Si la fuerza armada es una institución necesaria; si es elemento de orden y estabilidad, lo es precisamente porque contiene en sí la disciplina, la establece, y hace respetar y cumplir la ley. De ahí la ineludible condición de obediencia pasiva a que ha de estar sujeta toda fuerza organizada. Sería preferible no contar con otra fuerza que la de la sociedad misma, armada cada vez que fuese necesario, antes que tener cuerpos de Ejército deliberantes. La principal causa de las contiendas civiles, tan frecuentes en las Repúblicas hispanoamericanas, ha residido en la persistencia del carácter voluntarioso con que se formó el espíritu militar, fruto de la guerra de Independencia; espíritu que después de las victorias alcanzadas bajo la dirección de los grandes caudillos libertadores, se infiltró en los Ejércitos posteriormente mantenidos. Así, en lugar de los libertadores del primer tiempo, los pueblos han tenido muchos jefes liberticidas o conspiradores, o cuando menos **militares políticos**, empeñados en conducir el Gobierno a su grado, en lugar de servirle con lealtad y abnegación.

"La Constitución no admite, con sobra de razón, que los individuos de la fuerza armada puedan nunca ser deliberantes: su deber es obedecer al Gobierno legítimo, cualquiera que sea, como instrumento de la autoridad. El Ejército **no es una conciencia libre que forma opiniones ni dicta la política**, sino un deber en acción, una obediencia organizada."

El artículo 168 de la Constitución es terminante en su declaración de que la fuerza armada no es deliberante, y agrega que no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad del Ejército. Sin que puedan tomarse estas prohibiciones como desarrollo taxativo del primer miembro: "la fuerza armada no es deliberante," porque entonces se llegaría al absurdo de que la fuerza armada sí puede deliberar de cualquier modo que no sea en peticiones, como en protestas, manifestaciones escritas, etc., o en actos que no requieran la deliberación en juntas públicas o privadas.

La interpretación del artículo de la manera restringida que se pretende, sería una violación en su letra y en su espíritu, pues tendríamos una fuerza deliberante en todos los casos, menos cuando ejercite el derecho de petición que consagra el artículo 45 de la Constitución, o cuando se reúna sin orden de autoridad legítima.

III

Sostienen los demandantes que el artículo 1º de la Ley acusada está en pugna con los artículos 43 y 44 del Acto legislativo número 3 de 1910, que dicen:

"Artículo 43. Todos los ciudadanos eligen directamente Concejeros Municipales y Diputados a las Asambleas Departamentales."

"Artículo 44. Los ciudadanos que sepan leer y escribir, o tengan una renta anual de trescientos pesos, o propiedad raíz de valor de mil pesos, elegirán directamente Presidente de la República y Representantes."

Apoyan esta tacha en el siguiente razonamiento:

"En verdad, estas disposiciones consagran el derecho al ejercicio del sufragio, ya para todos los ciudadanos, ya restringido a los ciudadanos que sepan leer y escribir, sin excluír a los militares que se hallen en ejercicio de la ciudadanía y a los que sepan, además, leer y escribir, o tengan renta o finca raíz que reúnan las condiciones de cuantía o valor indicados por esas mismas disposiciones. Y la Ley 72, en su artículo 1º, al pretender desarrollar el artículo 168 de la Constitución, lo interpreta en el sentido de que este canon constitucional veda el derecho o la función del sufragio a los militares, aunque sean ciudadanos en ejercicio, y aunque sepan leer y escribir, para los casos en que la Constitución exige este requisito, contra lo estatuído en las otras disposiciones constitucionales."

Se considera:

Atrás se ha visto que el principio "la fuerza armada no es deliberante," se refiere tanto al Ejército como a los demás cuerpos armados de carácter permanente, llámense policía nacional, departamental o municipal, y que aquel principio comporta la prohibición para la fuerza armada de sufragar en las elecciones. De otro lado, el hecho de que los miembros de la fuerza armada no puedan sufragar mientras permanezcan en servicio activo, no significa que estén privados del derecho de sufragio, sino que se hallan en la imposibilidad momentánea de ejercerlo.

No viola, pues, el artículo 1º de la Ley 72 de 1930 los artículos 43 y 44 del Acto legislativo número 3 de 1910.

IV

Acusan también los demandantes el artículo 2º de la Ley 72 por ser abiertamente contrario—dicen—al artículo 85 de la Constitución, que preceptúa:

"Aprobado un proyecto de ley por ambas Cámaras, pasará al Gobierno, y si éste lo aprobare también, dispondrá que se promulgue como ley."

Se considera:

El artículo 85 que se dice violado no se refiere a la vigencia de las leyes sino a la obligación que impone al Gobierno de sancionarlas y disponer que se promulguen. No otra cosa hizo el Gobierno en este caso, como aparece de la sanción que dice:

"Poder Ejecutivo—Bogotá, diciembre 13 de 1930.

"Publíquese y ejecútese.

"ENRIQUE OLAYA HERRERA

"El Ministro de Guerra,

"Agustín MORALES OLAYA"

Esta tacha resulta, por tanto, infundada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no hay lugar a declarar inexequibles los artículos 1º y 2º de la Ley 72 de 1930, "en desarrollo del artículo 168 de la Constitución."

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**José Miguel Arango—Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández — Germán B. Jiménez. Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales. Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Juan E. Martínez.

Con el respeto debido a quienes siguen el dictamen contrario, estimo que la prohibición del voto de los miembros en servicio activo del Ejército y de la Policía no se desprende lógicamente del principio constitucional acerca de que la fuerza armada no es deliberante.

Este principio se encamina a evitar la intrusión de la fuerza pública en la marcha política y civil de la Nación, porque nadie ignora que el pretorianismo es un peligro mortal para el funcionamiento de las instituciones. Con sumo acierto, como lo expone el comentador nombrado en la sentencia, la Constitución no admite que los individuos de la fuerza armada puedan ser deliberantes: "su deber es obedecer al Gobierno legítimo, cualquiera que sea, como instrumento de la autoridad."

Mas conceptúo que la función del sufragio no es un acto deliberativo de los que abarca la prohibición, porque ella se ejerce individual y no colectivamente por los militares, no en su carácter de tales sino en el de ciudadanos, y tiene por objeto un asunto que de suyo no implica falta de cumplimiento de los deberes profesionales, ni desobediencia a las autoridades, ni usurpación de atribuciones.

No se arguya que toda elección, así se tome la palabra en su significado filológico, requiere necesariamente una deliberación previa, es decir, un raciocinio que arrastra a la voluntad a obrar en determinado sentido, y que el voto no es el acto material de depositar una papeleta en la urna. Si deliberar, con arreglo a la cita del diccionario académico que aduce la sentencia, es considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de nuestras decisiones antes de cumplirlas o realizarlas, se comprende que la deliberación puede ser un acto interno o un acto externo, y que el primero, que no le está vedado al militar cuando va a sufragar, basta para hacer consciente la acción material de colocar la papeleta en la urna.

El principio de que la fuerza armada no es deliberante no constituye una novedad implantada por la Constitución de 1886, sino que es una tradición de nuestro Derecho Público que se remonta a los primeros tiempos de la Independencia. Varias de las Constituciones dictadas así antes de la reconquista española como después del triunfo definitivo de la República (citadas en la demanda y en la vista del señor Procurador), consignaron tal principio con palabras iguales o parecidas a las que emplea la actual. Sin embargo, durante la vigencia de esos estatutos y bajo el imperio de Gobiernos del uno o del otro partido, los militares siempre votaron, sin que semejante práctica se estimara reñida con el susodicho principio. Es que nuestros mayores creían de muy buena fe que no era justo interdecir el derecho electoral a los ciudadanos incorporados en la fuerza armada. El distinguido publicista don Fidel Cano, impugnando en 1913 un proyecto sobre la misma materia de la ley al presente acusada, declaraba que chocaría con la equidad y la justicia "el que se negase el más preciado de los derechos políticos a aquellos ciudadanos a quienes se impone el más duro de los deberes que la Nación prescribe a sus miembros, cual es el de guardarla y defenderla, con las armas en la mano."

Ahora bien: si el constituyente de 1886 hubiera querido, rompiendo con la tradición, establecer que los militares en servicio activo no podían votar, lo natural, lo razonable era que así lo dijese expresamente. No es presumible que el Consejo Nacional pusiera de manera esotérica tan trascendental reforma en el fondo del artículo 168 del Estatuto, fiando la suerte de ella a los albures de interpretación de ese texto.

Dada la Constitución, el Consejo Nacional dictó la Ley 7ª de 1888, sobre elecciones populares. En ella se les reconoció a los militares en servicio el ejercicio del sufragio, cual puede verse en el artículo 25, y lo propio hicieron las leyes posteriores sobre la materia; lo cual denota, a mi ver, que para los legisladores colombianos de un largo período, empezando por la misma entidad que había expedido el estatuto fundamental, el alcance del artículo 168 de éste no llegaba hasta privar del voto a los miembros de la fuerza pública. Ni deja de ser muy significativo el intento manifestado en el seno de la Asamblea Nacional de 1910, con el fin de obtener que en la reforma constitucional que iba a efectuarse se dispusiera la abstención electoral de los militares en servicio activo, o, al menos, de los individuos de tropa del Ejército y los agentes o gendarmes de Policía.

Por todas estas reflexiones, soy de parecer que en el mencionado artículo 168 de la Constitución no se halla literal ni virtualmente la prohibición del voto de los miembros pertenecientes a los cuerpos armados y que, por tanto, la ley acusada no ha podido desarrollar lo que aquél no contiene.

Por lo demás, reputo excelente la prohibición de que se trata, por motivos de conveniencia patriótica, para ser erigida en canon constitucional.

Cuanto al artículo 2º de la Ley 72, el pensamiento de los demandantes es el de que, según el sentido del artículo 85 de la Constitución, se requiere la promulgación de la ley para que pueda regir; de donde concluyen que no es dable que una ley éntre en vigencia apenas sancionada por el Gobierno y sin que haya sido promulgada, aunque así se ordene en ella misma. Comedidamente observo que la respuesta de la sentencia a esta objeción deja en pie el problema constitucional planteado en la demanda.

Bogotá, diez y seis de septiembre de mil novecientos treinta y dos.

Juan E. Martínez

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de única instancia. Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

El señor Ministro de Hacienda, debidamente autorizado por el señor Presidente de la República, celebró el día siete de abril de mil novecientos diez y siete un contrato sobre bienes ocultos con el señor Carlos Rico Morlot, obrando éste como apoderado del señor José Joaquín Caicedo Castilla, contrato del cual hacen parte las siguientes cláusulas:

"Primera. El contratista se compromete a denunciar al Gobierno, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que sea notificado de la aprobación o revisión de este convenio, de acuerdo con las leyes, por medio de una exposición escrita, los bienes ocultos del Estado, de que dice tener conocimiento, en la que determinará con toda claridad y precisión en qué consiste el bien o bienes que denuncia; si fuere finca raíz, hará la determinación por medio de sus linderos y situación; si no lo fuere, lo detallará claramente, de suerte que se pueda identificar o individualizar con exactitud en cualquier caso. En la misma exposición expresará cuáles son, en su concepto, las acciones legales conducentes para obtener de los poderes públicos el reconocimiento y la efectividad de los derechos de la Nación sobre los bienes materia de la denuncia y especificados o determinados en la exposición.

"Segunda. El contratista se compromete a presentar, dentro del término de treinta días, contados desde la fecha de presentación de la exposición a que se hizo referencia en la cláusula anterior, las pruebas que acrediten la existencia de los hechos fundamento o base del derecho en que funde su denuncia.

'Tercera. En vista de la exposición y de las pruebas de que tratan las cláusulas precedentes, el Gobierno, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, resolverá si los bienes manifestados o denunciados por el contratista son o nó ocultos, y declarará si la acción o acciones indicadas por el contratista son procedentes o se estiman improcedentes.

"Cuarta. En la providencia que declare bienes ocultos del Estado los denunciados por el contratista, y procedentes las acciones o medios indicados para la efectividad o reintegro de los bienes o valores al patrimonio de la Nación, el Gobierno procederá a investir al Contratista de la personería necesaria para que pueda hacer efectivos los derechos materia del denuncio, y ordenará, a petición del interesado, al respectivo Agente del Ministerio Público, que coadyuve la demanda o demandas que en desarrollo de las acciones declaradas conducentes haya intentado el contratista ante los poderes públicos.

"Quinta. Se conviene en declarar que todos los gastos que ocasionen las demandas intentadas, hasta dejar al Estado en plena posesión de los bienes, cosas o valores materia del denuncio, serán de cargo del contratista exclusivamente.

"Sexta. Una vez que el contratista esté investido de la personería de la Nación, en cuanto deba representarla para recuperar los bienes materia de la denuncia, gozará de los privilegios que a los representantes del Estado reconocen las leyes en general y especialmente la de procedimientos en asuntos civiles, cuando se presenta en su nombre como demandante.

"Séptima. En el caso que la resolución del Ministerio no declare bienes ocultos del Estado los manifestados por el contratista, le queda a éste el derecho de ocurrir a la vía contencioso administrativa, para que, en juicio contradictorio entre él y el Estado, se decida sobre la condición de ocultos que puedan tener los bienes materia del denuncio.....

"Diez y siete. Este contrato requiere para su validez administrativa la aprobación del Excelentísimo señor Presidente de la República, previo concepto favorable del honorable Consejo de Ministros, la revisión subsiguiente del Consejo de Estado, en cuanto le corresponde determinar si está ajustado en cuanto a su celebración a las facultades legales, en consideración de su cuantía, y su publicación en el **Diario Oficial**, dentro del término y para los efectos señalados por el artículo 35 del Código Fiscal."

Este contrato, que aparece publicado en el **Diario Oficial** número 20924 de fecha 20 de octubre de 1928, debidamente aprobado por el Poder Ejecutivo, previo concepto favorable del Consejo de Estado, fue presentado al Ministerio de Hacienda por el doctor David A. Forero, en su calidad de apoderado del contratista, el trece de junio de 1930, al hacer la relación de los bienes ocultos, en la cual se determinaron como tales los que se pasan a expresar:

a) Las cantidades dejadas de cobrar a los bancos que funcionaron en Bogotá en el lapso de mil novecientos quince a mil novecientos veintitrés, por razón del impuesto de timbre reglamentado por los Decretos ejecutivos números 894 y 1122 de 1915, sobre los siguientes documentos: los cheques girados en el país a cargo de los bancos o establecimientos bancarios; los cheques o letras de cambio giradas en el Exterior, y los comprobantes de consignaciones y depósitos;

b) Las cantidades dejadas de cobrar a los mencionados bancos en el lapso antes expresado, como sanción y multa por no haber estampillado oportunamente los documentos que se dejan mencionados, de conformidad con el artículo 65 del Decreto número 894 de 1915.

En dicho memorial pidió el doctor Forero que el Ministerio practicara una inspección ocular en los bancos expresados, en la siguiente forma:

"**Pruebas.** La prueba de la existencia de los bienes denunciados se establecerá mediante una inspección ocular practicada por el Ministerio o por la Superintendencia Bancaria, con las debidas precauciones, sin previo aviso, sellando y colocando en seguridad los archivos de los bancos en donde se encuentren los documentos indicados antes, en el lapso de 1915 a 1923. La inspección dará ocasión de comprobar que los bancos no han provisto de estampillas a todos los documentos que debían llevarlas, y que por lo tanto los bancos son deudores de las sumas respectivas y merecedores de caer bajo el imperio de las correspondientes sanciones legales.

"Por consiguiente, en la misma inspección podrá ordenarse el pago inmediato, y si no lo verifican los bancos, proceder a iniciar y adelantar la correspondiente ejecución, por la jurisdicción coactiva."

El Ministerio, por Resolución de 10 de julio del año citado, pasó el expediente al Procurador General de la República para que emitiera concepto sobre la calidad de ocultos de los bienes denunciados. Este alto funcionario se abstuvo de dar el concepto pedido por cuanto en el proceso no obraba la prueba de la existencia de los bienes considerados como ocultos, fundándose en lo dispuesto en el Decreto ejecutivo número 553 de 1925, aparte **d**) del artículo 3º En atención a esto el apoderado recabó del Ministerio la práctica de la inspección ocular; mas esta entidad resolvió negativamente tal solicitud, fundándose en que conforme a la cláusula segunda del contrato de bienes ocultos, el contratista es el obligado a presentar las pruebas que acrediten la existencia de los hechos base del derecho de la denuncia. Habiendo solicitado el actor revocación de esta providencia, el Ministerio no accedió a ella en proveído que en su parte pertinente dice:

"Los artículos 30, 32 y 33 del Decreto ejecutivo número 553 de 4 de abril de 1925, que reglamenta el procedimiento administrativo sobre denuncio de bienes ocultos del Estado, dispone:

'Artículo 30. Las providencias administrativas sobre pruebas decretadas a petición del interesado, se limitarán a pedir las que reposen en protocolos o archivos de oficinas públicas o establecimientos que estén bajo la custodia del Gobierno Nacional.

'Artículo 32. La inspección ocular administrativa **sólo se decretará cuando haya de practicarse en las oficinas dependientes de los Ministerios o Departamentos Administrativos del Despacho Ejecutivo.** (Subraya el Ministerio).

'Artículo 33. Cuando la inspección ocular haya de verificarse fuera de las oficinas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se podrá comisionar para el efecto a una autoridad política o administrativa.'

'De los artículos preinsertos se sigue que el Ministerio debe limitarse en materia de pruebas a pedir las que reposen en protocolos o archivos de oficinas públicas o establecimientos que estén bajo su custodia, y en punto de inspección ocular, a decretarla 'cuando haya de practicarse en las oficinas dependientes de los Ministerios o Departamentos Administrativos del Despacho Ejecutivo.' De modo que si el Ministerio tiene alguna amplitud para decretar pruebas en general, en materia de inspección ocular tiene una norma estrecha, limitada a los despachos y departamentos administrativos del Gobierno. Y si en el presente caso se trata de practicar una inspección ocular en los bancos de la ciudad, es cosa que no se remite a duda que el Despacho de Hacienda y Crédito Público carece de facultad legal para decretarla por la razón de que los bancos son entidades de orden privado. Comoquiera que sobre este particular no ocurre duda a juicio de este Despacho, es inaplicable el artículo 35 del Decreto citado, así como el 1º de la Ley 45 de 1923, que creó la Superintendencia Bancaria, porque se trata ante todo y primordialmente de una inspección ocular, y el artículo 32 del mismo Decreto 553 es de una claridad plena. Por otra parte, si el interesado se obligó a suministrar las pruebas, conforme al aparte **c**) del artículo 3º del precitado Decreto y la cláusula segunda del contrato, y si el artículo 3º del mismo limita las facultades del Ministerio en la forma expresada, es al interesado a quien corresponde de manera directa y particular aducir esas pruebas.

"Por lo expuesto, el Ministerio **resuelve:**

"Dígase al doctor David A. Forero, en su condición de apoderado del doctor José Joaquín Caicedo Castilla, y en relación a su memorial de fecha 22 de los corrientes, que el Ministerio no accede a revocar la Resolución de fecha 2 de septiembre del año en curso, dictada en el expresado negocio."

Hallándose en este estado el juicio administrativo en referencia, el actor pidió copia al Ministerio de las piezas relacionadas, y con ella y el **Diario Oficial** arriba expresado, presentó a la Corte la demanda ordinaria que se pasa a considerar, en la cual pide se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que son nulas las resoluciones dictadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con fechas 2 de septiembre y 27 de octubre de 1930, por violatorias de claras disposiciones constitucionales y legales y de derechos adquiridos por mi poderdante a virtud de contrato válidamente celebrado con el Estado.

"Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, se decrete por esa Superioridad la inspección ocular negada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en las mencionadas resoluciones proferidas en las diligencias administrativas que promovió el señor doctor José Joaquín Caicedo Castilla, sobre denuncio de bienes ocultos del Estado.

"Tercera. Que la inspección ocular a los archivos de los bancos debe verificarse a costa del Estado o del Tesoro Nacional, como indemnización o compensación de los perjuicios sufridos por mi poderdante por la renuencia o abstención del Gobierno Nacional en darle curso a su denuncio de bienes ocultos, omitiendo el cumplimiento de claros preceptos constitucionales y legales, y con violación del contrato que impone al Gobierno la obligación de decretar las pruebas indicadas por el denunciante para comprobar la existencia del bien oculto"; y subsidiariamente:

"Que esa Superioridad revise las resoluciones dictadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con fechas 2 de noviembre (se quiso decir septiembre) y 27 de octubre de 1930, y en su lugar decrete la inspección ocular negada por el Ministerio en las mencionadas resoluciones, la cual prueba debe practicarse a costa del Estado o del Tesoro Nacional como indemnización de los perjuicios que ha sufrido mi poderdante por la renuencia o abstención del Gobierno Nacional en darle curso a su denuncio de bienes ocultos, violando claros preceptos constitucionales y legales y el cumplimiento del contrato que impone al Gobierno la obligación de decretar las pruebas indicadas por el denunciante para comprobar la existencia del bien oculto."

En la misma demanda pidió el actor que mientras se resolvía sobre la nulidad o revisión pedida, se decretara por la Corte la suspensión provisional de las resoluciones antes mencionadas, para evitar un perjuicio grave a los intereses del Fisco y de su poderdante.

Como fundamentos de derecho de la demanda, se citaron numerosas disposiciones de la Constitución Nacional, de los Códigos Civil, Judicial y Fiscal, de las Leyes 130 de 1913, 105 de 1890, 153 de 1887 y de los Decretos ejecutivos 553 de 1925, 894 y 1122 de 1915; y como mo-

tivos de hecho, los que se consignaron en los diez numerales que en seguida se copian:

"1º Las obligaciones de mi poderdante están determinadas claramente en el contrato sobre bienes ocultos del Estado, que él celebró, por medio de apoderado, con el Gobierno Nacional, en Bogotá, a siete de abril de mil novecientos veintisiete, y que corre publicado en el número 20924 del **Diario Oficial**, correspondiente al 20 de octubre de 1928;

"2º En mi carácter de apoderado reconocido del doctor José Joaquín Caicedo Castilla, he cumplido con las obligaciones establecidas en las cláusulas 1ª y 2ª del mencionado contrato, que es ley para las partes contratantes;

"3º En cambio, el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se abstuvo de decretar la prueba de inspección ocular, que es esencial para la declaratoria de bien oculto, violando las cláusulas 3ª y siguientes del contrato ajustado con mi poderdante; los artículos 30, ordinal **a)** del Código Fiscal; 32, 33 y 25 del Decreto número 553 de 1925, que reglamenta todo lo relacionado con el procedimiento sobre el denuncio de bienes ocultos; el artículo 19 de la Ley 45 de 1923 y los artículos 541, 545, 728, numeral 728 del Código Judicial, y 81 de la Ley 105 de 1890, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887.

"4º La omisión o abstención de decretar la prueba de inspección ocular que acredita la existencia de un bien oculto del Estado, después de haber sido denunciado legalmente por mi poderdante, lesiona los derechos civiles adquiridos por éste en el contrato celebrado con el Gobierno y protegidos tales derechos por la legislación colombiana vigente, violando los artículos 26, 59, 120, numerales 3, 14 y 17, de la Constitución Nacional y 5º del Acto legislativo número 3 de 1910.

"5º En los denuncios de bienes ocultos del Estado, como el de excesos en la adjudicación de baldíos, a que se refieren los artículos 28 y 58 del Código Fiscal vigente, es la inspección ocular practicada con todas las formalidades legales, la única prueba pertinente que sirve para acreditar plenamente la existencia del bien oculto, o del exceso, denunciados, antes de iniciar las acciones judiciales encaminadas a obtener la restitución o rescate de los bienes del Estado, materia de los denuncios respectivos.

"6º Las disposiciones de los Códigos Civil y Judicial sobre pruebas de las obligaciones y modo de practicarlas, son disposiciones de carácter sustantivo que siempre consagran derechos civiles en favor de los ciudadanos interesados en que se preconstituyan tales pruebas, como garantía de su derecho.

"7º La violación de leyes sustantivas que establecen la tarifa de pruebas, lesiona los derechos civiles de los ciudadanos a quienes tales pruebas garantizan la efectividad de sus derechos.

"8º Las resoluciones proferidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con fechas 2 de septiembre y 27 de octubre de 1930, en las diligencias administrativas sobre denuncio de bienes ocultos del Estado, lesionan los derechos del Estado e intereses nacionales y los derechos adquiridos por mi poderdante, en virtud de un contrato celebrado con el Gobierno Nacional, y que es ley para las partes contratantes.

"9º La violación del contrato celebrado entre el Gobierno y mi poderdante causa perjuicio que debe ser indemnizado por el Estado.

"10. Para indemnizar a mi poderdante los perjuicios sufridos por él, es justo que la inspección ocular sea practicada a costa del Estado."

El señor Procurador contestó oponiéndose a las declaraciones pedidas y redarguyéndolas de ilegales e infundadas. En cuanto a hechos, aceptó solamente el primero y negó los restantes.

Surtidos como están los trámites del juicio, procede la Corte a dictar el correspondiente fallo definitivo.

La jurisdicción de la Corte para conocer de la presente litis se halla establecida en el artículo 40 del Código Judicial que atribuye a la Sala Civil de única instancia la decisión de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona.

En lo tocante a la suspensión provisional de las resoluciones acusadas, cabe observar que esta medida no tiene cabida en los litigios que se siguen ante el Poder Judicial; ella sólo es procedente en los que se adelantan ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con las leyes que regulan este género de jurisdicción.

En cuanto al fondo del asunto, se consignan como fundamentos del fallo las consideraciones que van a continuación:

Por la cláusula primera que ya se conoce del contrato que origina la presente litis, el contratista se comprometió a denunciar al Gobierno, dentro de los treinta días siguientes a la aprobación del convenio por el Consejo de Estado, los bienes ocultos que se proponía recabar para la Nación, por medio de una exposición escrita, en la que debía determinar con entera precisión los bienes denunciados e indicar las acciones legales conducentes para obtener de los poderes públicos el reconocimiento y la efectividad de los derechos de la Nación sobre los bienes materia de la denuncia.

Por la cláusula segunda se obligó a presentar dentro del término de treinta días, a contar de la fecha de la presentación de la denuncia expresada, las pruebas que acreditaran la existencia de los hechos que servían de base al derecho en que se funda la denuncia.

Para cumplir con estas obligaciones el contratista presentó, con fecha trece de junio de mil novecientos treinta, el correspondiente denuncio de bienes ocultos, en la forma que atrás se expuso. Como la resolución por la cual el Consejo de Estado le impartió su aprobación al referido contrato le fue notificada al doctor Caicedo Castilla el nueve de mayo del mismo año, aparece que el expresado memorial de denuncio fue aducido dentro del término de treinta días, señalado al efecto en el contrato.

En el escrito de denuncio pidió el apoderado del contratista que para acreditar la existencia de los bienes ocultos denunciados, el Ministerio decretara la práctica de una inspección ocular, llevada a cabo por el mismo Ministerio o por la Superintendencia Bancaria, sin previo aviso, sellando y colocando en seguridad los archivos de los bancos en donde se encontraran los documentos antes mencionados, correspondientes al lapso de mil novecientos quince a mil novecientos veintitrés.

Se trata de saber si con la negativa dada por el Ministerio a dicha petición en las resoluciones de fechas 2 de

septiembre y 27 de octubre de 1930, se han violado los derechos del contratista.

Leído con toda atención el contrato, no aparece por parte alguna en él la obligación que contrajera el Gobierno de crearle al denunciante las pruebas conducentes a la demostración de la existencia de los bienes ocultos. Lejos de ello, en la cláusula segunda se consignó de manera terminante la obligación que adquiría el contratista de presentar dentro de cierto término "las pruebas que acrediten la existencia de los hechos fundamento o base del derecho en que funde su denuncia."

Esta cláusula se encuentra complementada y aclarada con la quinta, en la que se estipuló que "todos los gastos que ocasionen las demandas intentadas, hasta dejar al Estado en plena posesión de los bienes, casas o valores materia del denuncio, serán de cargo del contratista exclusivamente."

De suerte que de acuerdo con los términos del contrato, no solamente no contrajo el Gobierno la obligación de producir las pruebas conducentes a la demostración de la existencia de los bienes ocultos, sino que esa obligación la asumió de manera expresa y categórica el contratista.

En el alegato de conclusión invoca el demandante en su favor el artículo 70 del Decreto número 894 de 1915, que impone a los Inspectores Fiscales la obligación de visitar cada dos semanas los establecimientos bancarios y otras oficinas públicas y privadas, con el fin de examinar si se cumplen las disposiciones legales relativas al uso de papel sellado y estampillas, así como los artículos 39 de la Ley 45 de 1923 y 2º de la 54 de 1931, según los cuales el Superintendente Bancario debe visitar por lo menos dos veces en cada año los bancos que funcionan en el país, con el fin de investigar entre otras cosas si las prescripciones legales se han cumplido en la administración de sus negocios, y las demás cuestiones que dicho funcionario estime conveniente averiguar. De estos textos saca el demandante la siguiente conclusión:

"Todas las disposiciones citadas prueban que el Ministerio tenía facultad para ordenar la prueba pedida. Se abstuvo de hacerlo, luego el problema que se plantea es el siguiente: mi poderdante cumplió con las obligaciones que le imponía el contrato, como quedó demostrado antes; el Ministerio, como representante de la Nación, estaba obligado a facilitar la acción de mi poderdante, a procurarle los medios necesarios para la defensa de los derechos de la misma Nación. No lo hizo, luego violó el contrato, desconoció el derecho adquirido de mi poderdante, se puso en oposición con el artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, puesto que privó a mi poderdante de algo de su propiedad y por ello se constituyó responsable de los perjuicios causados."

El anterior razonamiento desvía de su verdadero sitio el problema que en el presente litigio se confronta. No se trata de saber si el Gobierno tenía o tiene facultad de practicar por sí mismo o por medio de sus agentes la prueba de inspección ocular pedida por el denunciante de los bienes ocultos. Lo que éste necesita probar para que su acción prospere es que el Gobierno, por virtud del contrato de bienes ocultos, asumió la obligación de practicar o hacer practicar la indicada probanza. Mas ya se vio que de acuerdo con las voces de aquel pacto, lejos de contraer el Gobierno la prenotada obligación, fue el denunciante de los bienes ocultos quien se comprometió a presentar las pruebas que acreditaran los hechos que servían de fundamento a su denuncio.

Mal puede decirse por otra parte que en el caso concreto que aquí se contempla tuviera el Gobierno la facultad de decretar la inspección ocular solicitada por el demandante, una vez que el artículo 32 del Decreto número 553 de 4 de abril de 1925, por el cual se reglamenta el procedimiento administrativo en el denuncio de bienes ocultos del Estado, y que debe considerarse incorporado en el contrato de que se habla, por estar vigente a la fecha de la celebración de éste, limita la facultad del Gobierno en materia de inspecciones oculares a las que hayan de practicarse en las oficinas dependientes de los Ministerios o Departamentos Administrativos del Despacho Ejecutivo. Lo cual quiere decir que respecto de oficinas particulares, como son los bancos, no tiene cabida la indicada prueba en los casos de denuncio de bienes ocultos.

Como de las consideraciones que anteceden se deduce la improcedencia de las acciones tanto principales como subsidiarias que se ejercitan en la demanda, ya que no es dable hacer pesar sobre la Nación una obligación que el contratista libre y deliberadamente tomó a su cargo, y ya que en las actuaciones administrativas referentes a denuncio de bienes ocultos, el Gobierno ni siquiera está investido de la facultad de llevar a cabo inspecciones oculares en oficinas que no tengan el carácter de dependencias del mismo Gobierno, la Corte Suprema, obrando en Sala Civil de única instancia y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, así lo resuelve, y, por tanto, absuelve a la Nación de los cargos contra ella deducidos en el juicio.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Insértese en el órgano de la Corte y archívese el expediente.

LUIS F. ROSALES—**José Miguel Arango—José Joaquín Hernández — Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de única instancia. Bogotá, septiembre veintidós de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

En sentencia de fecha veinticinco de julio de mil novecientos veintiocho, pronunciada en juicio ordinario, la Sala de Negocios Generales de la Corte hizo la siguiente declaración:

"The Dorada Extension Railway Company Limited, demandada en este juicio, está obligada a pagar a la Nación, representada por su apoderado el doctor Carlos Uribe B., la diferencia que pueda resultar entre el valor de las zonas de terreno expropiadas por la Nación para el Ferrocarril de la misma Empresa, en su prolongación de Honda a Ambalema, con los perjuicios consiguientes por una parte y el valor del beneficio que reportaran las fincas por donde pasa esa nueva vía entre aquellas dos poblaciones por otra, diferencia de valor que se determinará en juicio separado, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula o artículo octavo del contrato celebrado entre el señor Tomás G. Ribón y el Gobierno Nacional, el diez y siete de julio de mil novecientos cinco."

Este fallo fue aclarado con fecha veinte de septiembre de mil novecientos veintiocho, en estos términos:

"1º La sentencia de veinticinco de julio del corriente año, que puso fin al presente juicio, sólo comprende las zonas de terreno expropiadas por la Nación y pagadas por ésta conforme a los comprobantes que obran en el expediente.

"2º El valor del beneficio que con la vía férrea recibieran las fincas de que hacían parte dichas zonas, se fijará de acuerdo con el que tenían en la fecha en que se avaluó la zona misma y el perjuicio proveniente de la expropiación."

El doctor Carlos Uribe B., quien, como ya se vio, había representado a la Nación en el juicio ordinario que remató con la sentencia y la aclaración que se dejan relacionadas, presentó el nueve de noviembre de mil novecientos veintiocho, la siguiente demanda dirigida a la Sala de Negocios Generales de la Corte:

"Yo, Carlos Uribe B., mayor de edad y vecino de Bogotá, obrando en nombre de la Nación y en ejercicio del poder que me fue conferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante escritura número 2141 de la Notaría 4ª de esta ciudad, que en copia registrada acompaño, con el debido acatamiento ante vosotros, presento formal demanda contra la Compañía inglesa denominada **The Dorada Extension Railway Limited**, de Londres, representada en Colombia por los señores Alexander Koppel y Sam B. Koppel, también mayores y vecinos de Bogotá, para que con su citación y audiencia y previos los trámites de la vía sumaria prescritos en el Título XII, Libro II del Código Judicial, y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 31 del artículo 11 de la Ley 39 de 1921, se verifique por peritos la liquidación en concreto del monto de las prestaciones pecuniarias que fueron declaradas en abstracto en el número **primero** de la parte resolutiva de la sentencia de 25 de julio de 1928, que puso fin al juicio ordinario seguido ante la Corte Suprema contra dicha Compañía sobre pago de algunas de las zonas de terreno de propiedad particular ocupadas por el Ferrocarril de La Dorada en su prolongación de Honda a Ambalema."

Dicha demanda, que fue reformada posteriormente en el sentido de expresar que la Compañía demandada tuvo anteriormente la denominación de The Dorada Extension Railway Limited, y hoy la de The Dorada Railway Company Limited, la contestó el representante de la nombrada entidad haciéndole algunos reparos en cuanto a la forma de la demanda y oponiendo la excepción de nulidad de la sentencia que sirve de base a ella, la que fundó en el artículo 235 del Código Judicial vigente entonces y en estos hechos:

"1º Lo demandado fueron las sumas pagadas a los propietarios por las zonas tomadas para el ferrocarril, sumas que, con más los perjuicios, ascienden según la demanda, a veintiocho mil cincuenta y ocho pesos y cincuenta y seis centavos ($ 28,058-56). Así lo dice la demanda y la sentencia, y, además, el poder conferido al señor Uribe B.; y eso fue lo denunciado como bien oculto. La sentencia agrega que las expropiaciones se pagaron cuando ya regía el Acto legislativo número 3 de 1910, y es entendido conforme a éste.

"2º A lo que se sentenció fue al pago de una diferencia, si acaso hay diferencia, a que se refieren el ordinal 8º del artículo 10 del contrato de diez y siete de julio de mil novecientos cinco, transcrito en la demanda y en la sentencia, y el artículo único del Acto legislativo número 6 de 1905."

En el mismo escrito de contestación propuso el indicado representante la excepción que calificó de inepta demanda y que hizo consistir en que lo demandado en este juicio es que se liquiden varias prestaciones pecuniarias, y aquello en que se condenó en la sentencia a que se trata de dar cumplimiento es el pago de una diferencia, si la hubiere.

Abierto el juicio a pruebas, sólo la parte actora hizo uso del derecho de producirlas. Y como se encuentran citadas las partes para sentencia, se procede a dictar la que corresponde al mérito de los autos.

Empezando por considerar la excepción de inepta demanda propuesta, se halla que es a todas luces improcedente, pues habiéndose condenado en el juicio ordinario que precedió a éste al pago de una diferencia entre dos valores y constituyendo este pago una prestación, no se ha incurrido en error al pedir, como se ha hecho en la demanda, que se liquiden las prestaciones pecuniarias que fueron declaradas u ordenadas en aquel fallo.

La excepción de nulidad de la sentencia que ha servido de base al presente juicio, que se funda en haber desacuerdo entre lo demandado y lo sentenciado, tampoco aparece justificada, por cuanto habiéndose demandado en aquel juicio el reembolso de las sumas pagadas por la Nación a los propietarios de las zonas expropiadas para el ferrocarril, más los perjuicios, bien pudo condenarse a una suma menor, o sea a la diferencia que resultara de deducir del valor de las zonas y los perjuicios, el valor del beneficio reportado por las fincas a que pertenecían dichas zonas con el paso del ferrocarril, pues tal procedimiento está expresamente autorizado por el artículo 273 del Código que regía cuando se dictó el fallo de que se trata, y por el 210 del Código actual.

Como prueba de su derecho pidió el demandante durante el término probatorio del juicio, que por medio de peritos nombrados en forma legal se avaluaran las zonas expropiadas para estaciones y dependencias del Ferrocarril de La Dorada, en su prolongación de Honda a Ambalema, junto con los perjuicios sufridos por las fincas a que pertenecían tales zonas, por una parte, y los beneficios que las mismas fincas reportaran con la construcción de la vía férrea, por otra. Mas esta prueba no pudo practicarse por haber transcurrido todo el término probatorio y el de la ejecutoria del auto de citación para sentencia, sin que el perito de la parte demandada hubiera comparecido a tomar posesión de su cargo.

Dada esta situación, en que el derecho de la parte demandante, sin culpa de ésta y no obstante estar reconocido en sentencia ejecutoriada dictada en juicio contradictorio, estaba a punto de no alcanzar la finalidad perseguida en el juicio, o sea su concreción en una cifra determinada, lo que podía llegar a hacerlo ilusorio en la práctica, la Corte Plena Civil que a la sazón conocía de esta clase de juicios, dictó, con fecha veinticuatro de septiembre de mil novecientos treinta, la siguiente resolución:

"Para mejor proveer, se dispone que por peritos nombrados en la forma ordinaria, se fije la diferencia que haya entre el valor pagado por la Nación a los dueños de las zonas expropiadas por esta entidad para el Ferrocarril de La Dorada, en su prolongación de Honda a Ambalema, junto con los perjuicios provenientes de la expropiación, por una parte, y el valor del beneficio que

reportaran las fincas a que pertenecían dichas zonas con el paso de la nueva vía, por otra. El valor de este beneficio se fijará con referencia a la fecha en que fueron avaluadas las zonas y los perjuicios provenientes de la expropiación. Los peritos expresarán los fundamentos de su dictamen."

La prueba pericial que en virtud de esta providencia se obtuvo, vino a quedar sin efecto a causa de haberse declarado probada la tacha de error esencial que la parte demandada opuso al concepto de los peritos que intervinieron en ella y de haberse dispuesto en consecuencia la práctica de una nueva prueba con intervención de otros expertos.

Llevada a cabo la nueva diligencia, para cuya realización los peritos se trasladaron a los lugares donde existen las zonas de terreno expropiadas por el Gobierno para el Ferrocarril de La Dorada, se obtuvo el resultado que a continuación se relaciona:

El perito de la parte demandada, después de relatar la forma en que se produjo la prueba pericial y de narrar algunos antecedentes de ésta, emite su concepto en los términos siguientes:

"El valor del beneficio que reportaron las fincas a que pertenecían las zonas expropiadas, a que se refiere el auto (para mejor proveer), estimado conjuntamente en la fecha que tuvo lugar el avalúo de la zona y perjuicios provenientes de la expropiación, y que la sentencia de la honorable Corte aceptó, fijado también conjuntamente, en la suma de $ 28,058-56, lo justiprecio yo en la suma de. . . . . $ 87,800 . .

"Deduzco de esa suma la del avalúo aceptado por la honorable Corte como valor de las zonas y perjuicios. 28,058 56

"Y obtengo como diferencia a favor del beneficio reportado por las fincas la suma de 59,741 44

"En la suma de **cincuenta y nueve mil setecientos cuarenta y un pesos con cuarenta y cuatro centavos;** en favor del beneficio reportado por las fincas con el paso del ferrocarril, fijo, pues, a mi leal saber y entender, la diferencia objeto del peritazgo.

"Paso ahora a expresar cómo he procedido para valorar el beneficio reportado por las fincas de las cuales se segregaron las zonas por las cuales, conjuntamente con los perjuicios estimados, se pagaron $ 28,058-56:

"Como primera providencia, consulté el expediente del juicio ordinario en el cual obran las copias de las escrituras en que constan los negocios efectuados con los propietarios; y posteriormente consulté también los archivos del catastro en las varias oficinas públicas de las poblaciones de Honda, Mariquita, Armero y Ambalema; y, como dije antes, el archivo de la Gerencia del Ferrocarril.

"De estas investigaciones pude constatar lo siguiente:

"La finca llamada **Miraflores**, de los herederos del señor Agapito Urueña, se avaluó en nueve mil pesos (consultar escritura número 188, de 29 de enero de 1917, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, que está en el expediente del juicio ordinario), $ 9,000. Las fincas **El Común** y **San Cayetano**, del doctor Juan B. Quintero, se avaluaron en seis mil pesos (consultar la escritura número 72, de 18 de enero de 1917, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, que está en el expediente del juicio ordinario), $ 6,000. La finca **De Gamba**, de Rafael y Cayetano Camacho, se avaluó en diez mil pesos (consultar escritura número 2681, de 20 de diciembre de 1915, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, $ 10,000. El precio o avalúo dado a las demás fincas de las cuales se segregaron las zonas a que se refiere el peritazgo, precio que debió determinarse a fin de apreciar los perjuicios sufridos por las expropiaciones, no consta en las escrituras en que constan los contratos efectuados por el Gobierno Nacional con los propietarios, pero sí en los cuadros catastrales de los respectivos Municipios, correspondientes al año de 1914, de donde tomo los avalúos que les asigno.

"A doble renglón paso a hacer a continuación un cuadro, en que se verán cuánto valían conforme a esos avalúos, bien apreciados en mi concepto y que yo prohijo, las zonas y los perjuicios por los cuales se pagaron $ 28,058-56. En el segundo renglón aparecerá lo que representó el beneficio reportado por cada una de las fincas, que yo fijo para unas en un cuarenta por ciento (40 por 100) de su valor, y para otras en el doscientos y trescientos por ciento del valor de ellas. En las razones que fundan mi dictamen justificaré este porcentaje.

"a) Terreno en Mariquita, pagado a M. Restrepo Uribe & C° (avalúo catastral de 1914 para toda la propiedad de donde se segregó la zona expropiada denominada **Ejidos municipales**). . $	20,000	Beneficio,	200%	$ 40,000
"b) Finca **El Guaco**, de Mercedes Téllez de Pradilla y Emperatriz Téllez (avalúo catastral de 1914).	5,000	Beneficio,	40%	2,000
"c) Finca **La Mina**, de Blanco & Rodríguez (avalúo catastral de 1914).	5,500	Beneficio,	40%	2,200
"d) Finca **Santo Domingo**, de Ramón González (avalúo catastral de 1914). . .	20,000	Beneficio,	40%	8,000
"e) Fincas **Cámbulo** y **Calibío**, de Olier & González (avalúo catastral de 1914). . . .	13,000	Beneficio,	40%	5,200
"f) Finca **Bolivia**, de Manuel González Borrero (avalúo catastral de 1914) . . .	4,000	Beneficio,	40%	1,600
"g) Finca **Padilla**, de Pilar S. de Conde (avalúo catastral de 1914).	3,000	Beneficio,	40%	1,200
"h) Finca **Gamba**, de Rafael y Cayetano Camacho (adoptó el avalúo hecho por los peritos, escritura número 2681).	10,000	Beneficio,	40%	4,000
"i) Fincas **Arado** y **Barzal**, de Rafael Pulecio V. y Manuel Antonio y Angel Coro-				

nado (el avalúo es hecho por mí cuando se tomaron las zonas, por no figurar en el catastro de 1914). . .	5,000	Beneficio,	40%	2,000
"j) Fincas **El Común y San Cayetano**, de Juan B. Quintero (acojo el avalúo de los peritos que consta en la escritura número 72). . . .	6,000	Beneficio,	300%	18,000
"k) Finca **Miraflores**, de herederos de Agapito Urueña, (adopto el avalúo hecho por los peritos que consta en escritura número 188) .	9,000	Beneficio,	40%	3,600
$	100,500	Beneficio,	...	87,800

Este beneficio obtenido por las fincas por razón del paso y establecimiento del ferrocarril, estimado en el año en que se verificaron las expropiaciones de las zonas, ha subido, por concepto de valorización, considerablemente de entonces a hoy, y si él se fuera a estimar al presente, montaría a suma de gran significación.

"Razones en que fundo mi dictamen.

"1ª Reproduzco, prohijo y hago míos, los siguientes conceptos del perito señor Soto, con las modificaciones necesarias, que subrayo por razón de los distintos avalúos, consignadas en su dictamen rendido a la honorable Corte en este mismo juicio:

"¿En qué razones me fundo para fijar en un cuarenta por ciento (40 por 100) el porcientaje en que aumentaron de valor las fincas de las cuales se segregaron las zonas por el sólo hecho de la construcción de la línea férrea? En las siguientes razones:

"(1). Porque tomando, una a una las varias fincas de que se trata, a nadie puede parecer exagerado dicho aumento. Tomo, por ejemplo, la de **Santo Domingo** (ordinal **d**) del cuadro que aparece atrás, que es hoy y era ya al tiempo del avalúo de las zonas, la más valiosa. Aquellas tierras eran la soledad misma antes de la construcción del ferrocarril; las comunicaciones eran dificilísimas; la región era de porvenir muy poco llamativo. Pasando a sus puertas la línea férrea, ¿será calcular muy alto que en vez de **$ 20,000** quedara valiendo **$ 28,000?** Nadie podía decirlo. (Véase el avalúo catastral de **Santo Domingo** para el año de 1907, en el anexo número 3).

"Otro ejemplo: la finca de **Cámbulo y Calibío,** que he apreciado al tiempo de la expropiación en $ 13,000, ¿es mucho calcular que aumentó de valor por razón de la construcción del ferrocarril en un 40 por 100, esto es, que quedó valiendo $ 18,200? Absolutamente. Esta finca fue vendida hace algunos años por el señor M. Arias al conocido hombre de negocios José Latuf, en algo así como $ 50,000.

"Así, una a una pueden tomarse todas las fincas. Nadie podrá afirmar que es mucho el aumento de valor del 40 por 100 que he señalado.

"(3). Otro argumento: ¿cuánto disminuirían hoy las citadas fincas si el Ferrocarril levantara los rieles? Por lo menos un sesenta por ciento (60 por 100).

"(4). Otro argumento: ¿porqué no vinieron a reclamar los propietarios al Gobierno sino de 1914 en adelante, siendo así que el Ferrocarril dispuso de las zonas en 1905? ¿Es verosímil que todos, absolutamente todos, hubieran aceptado, sin protesta, sin queja, el perjuicio? ¿Es admisible que no hubieran tratado antes de obtener una reparación?

"La razón es sencilla. Los propietarios no sufrieron, sino antes al contrario. El beneficio reportado por sus fincas representaba muchísimo más que el valor de las pequeñas zonas segregadas y de los discutibles perjuicios. Tuvieron ellos y los abogados que probablemente consultaron que darse cuenta de que bajo el imperio del Acto legislativo número 6 de 1905, nada podrían obtener que se les reconociera. Sólo después de la reforma del Acto legislativo número 3 de 1910 vieron la posibilidad de obtener algo más, y comenzaron a agitarse, llegando a lograr, como lograron, que se adoptara un procedimiento singular, cual fue el de no tener en cuenta los beneficios reportados por las fincas.

"(5). Sigo dando argumentos en apoyo del avalúo que he hecho del beneficio. Estoy seguro de que, como en alguna parte lo dice la sentencia dictada por la Corte en el juicio ordinario, cuando el señor Ribón, antecesor de la actual Empresa, firmó el contrato en que se halla el inciso 8º del artículo 10, que habla de la forma en que el Gobierno se obligó a colaborar para la obtención de las zonas, prestando mano fuerte, se dio cuenta de que a nada se obligaba. Tuvo que hacerse cargo de que el beneficio reportado por las fincas representaría mucho más que el valor de las zonas y de los perjuicios, y que no tenía porqué contemplar la posibilidad de tener que reembolsar nada al Gobierno Nacional.

"2ª Porque si alguna duda pudiera sugerirse acerca del no fundamento de mi apreciación sobre el valor de los beneficios, ésta se disiparía con la vista, por quienquiera, de los cuadros del avalúo catastral en los respectivos Municipios, en los cuales, sin más factor de posible estimación que el paso del ferrocarril para justificarlo, se encuentra el aumento progresivo de valor de esas propiedades a partir del año de 1905, como lo dejo indicado. Estas tierras destinadas en su casi totalidad a las explotaciones de la industria pecuaria, no han cambiado de destino en un período de cuarenta años atrás, ni han sido afectadas por otros factores de mejoramiento distintos del paso del ferrocarril para alcanzar su valorización progresiva, como pudieron constatarlo mis compañeros de peritazgo en la inspección ocular realizada. Antes de la llegada del ferrocarril estaban muy aisladas por falta de comunicaciones y consumidores de ganado. Con el paso del ferrocarril se solucionaron estas dificultades del negocio que se hizo entonces más lucrativo; y obtuvieron dos renglones más de producción apreciable aquellas fincas, que antes no tenían y que en varias de ellas dieron margen a una duplicación inmediata de su valor. Estos renglones fueron: la explotación agrícola y la explotación de sus bosques, fuentes de lucros admirables, especialmente durante el tiempo de la construcción de la vía.

"En los terrenos de **Ejidos de Mariquita y El Común y San Cayetano,** el beneficio conseguido con el estableci-

miento del ferrocarril fue todavía más valioso e importante y por esa razón he hecho de esos beneficios apreciaciones muy superiores.

"En efecto, puedo afirmar, por haber nacido y estado vinculado aquí toda mi vida, que Mariquita en 1905 era una aldea de 70 casas aproximadamente, cuyo presupuesto de rentas municipales era de $ 2,192, auxiliado por las participaciones con que para su sostenimiento contribuía el Departamento (véase el certificado anexo expedido por el Concejo. Los ejidos del Municipio de una extensión superficiaria de 2,000 hectáreas, aproximadamente, los tuvo arrendados mi padre por mucho tiempo para cría de ganados, al canon exiguo de $ 200 anuales. De esos ejidos se segregaron las 42 hectáreas expropiadas para el ferrocarril, de 1905, y por las cuales pagó el Gobierno más tarde, por razón de indemnización del terreno y supuestos perjuicios, indebidamente, la suma de $ 6,300, a los especuladores que concibieron la idea de ese asalto al Tesoro Nacional. De los $ 6,300, pagados por el Gobierno a M. Restrepo Uribe & Compañía, cesionarios del doctor Benjamín Gómez Recuero, $ 3,000 correspondieron al Municipio y $ 3,300 ingresaron a la caja de los intermediarios influyentes.

"De los ejidos del Municipio, avaluados en $ 20,000 en 1907 se segregaron, a más de las 42 hectáreas ya expropiadas para el ferrocarril, las que el Concejo estimó necesarias para el ensanche del área de la población, que llevó a efecto, ordenando el levantamiento del respectivo plano, trabajo que se ejecutó por el ingeniero inglés de la Casa S. Pearson & Son, señor C. A. Hutchings (véase anexo número 2).

"Con arreglo a este plano, el Municipio hizo la urbanización correspondiente, vendiendo a buenos precios los solares, y así ya para el año de 1917 se habían construído cerca de 400 casas de habitación dentro de los lineamientos de aquel trazado de ciudad moderna, obra del progreso traído por el ferrocarril para la pequeña aldea de que os hice antes referencia, que olvidada de la civilización apenas si existía antes de 1905 como un vestigio ruinoso de la opulenta y grande ciudad que en este hermoso valle, centro aproximado del país, fundaron los conquistadores del Nuevo Reino de Granada.

(Véase certificación anexa del Concejo de Mariquita).

"Los beneficios obtenidos en la propiedad municipal de Mariquita con el establecimiento del ferrocarril, por concepto de valorización de los ejidos, productos de la urbanización y aumento de sus rentas, en la fecha en que fueron avaluadas las zonas expropiadas, están estimados por mí manifiestamente bajos, a fin de que nadie pueda tacharme de exagerada tal estimación. Evidentemente estimar este beneficio en sólo $ 40,000 es pecar por defecto ante el concepto de las gentes conocedoras.

"En los terrenos de **El Común y San Cayetano,** del doctor Juan B. Quintero, los beneficios recibidos por el paso y establecimiento del ferrocarril, proporcionalmente son todavía mayores que los obtenidos en Mariquita, estimándolos, como los he estimado en la época en que se efectuaron las expropiaciones de zonas. En efecto, aquellos terrenos cubiertos de malezas de pelá y de payandé, no tenían valor comercial apreciable, por lo improductivos, antes del año de 1905. Pero se estableció en ellos, por el ferrocarril, el importante puerto llamado de Beltrán, sobre el río Magdalena, para el servicio de los vapores del Alto, y esto permitió a su propietario urbanizar una mínima fracción de la finca y sacar de ella, solamente por concepto de ventas y arrendamientos de solares en los años subsiguientes al establecimiento del ferrocarril hasta 1914, una cantidad de dinero, por lo menos, tres veces igual a la suma de $ 6,000, en que por su conocimiento del valor de las cosas avaluaron los peritos respectivos el valor de la zona expropiada para el ferrocarril y los supuestos perjuicios, como consta en la escritura número 72, de 18 de enero de 1917, que obra en los autos del juicio anterior fallado por la honorable Corte. ¿Quién podría tacharme de exagerado el valor del beneficio obtenido por esta finca, estimado en la suma de $ 18,000? Me sometería, sin ningún temor de ser contradicho razonablemente, al propio juicio del doctor Quintero.

"Cabe referir por vía de información, a pesar de que esas tierras beneficiadas también apreciablemente por el ferrocarril, no están comprendidas en aquellas a que se refiere el auto de peritazgo, que en los terrenos pertenecientes a la hacienda de **El Santuario,** donde el General Rafael Reyes, en el año de 1903, creó, por un Decreto ejecutivo, expedido a bordo del tren en que viajaba, el Municipio de San Lorenzo (hoy Armero), sus dueños, los señores Vaughan, han obtenido una fortuna vendiendo solares en el potrero de su hacienda que por razón del paso del ferrocarril y a virtud de la creación del nuevo Municipio, se convirtió en valiosa propiedad urbana.

"Refuerzan las razones en que se funda mi dictamen, los siguientes argumentos en favor de la tesis que sostengo, cual es, la de que todas las propiedades rurales cruzadas por el ferrocarril de La Dorada, en su extensión de Honda hasta Ambalema, recibieron con el establecimiento de la vía un beneficio muchas veces superior al valor de las zonas expropiadas y de los supuestos perjuicios alegados.

"Tales argumentos son:

"(1) Que los propietarios afectados, todos se conformaron ante la realidad evidente de la tesis que afirmo; y por esta razón se abstuvieron de hacer reclamo alguno al Gobierno Nacional mientras estuvo en vigencia el Acto legislativo número 6 de 1905, a cuyos términos necesariamente tenían que ajustarse en sus reclamaciones, como lo dice con acierto la honorable Corte en la parte motiva de la sentencia del juicio ordinario promovido por el doctor Uribe B., como apoderado de la Nación contra The Dorada Extension Railway Company Ltd.

"(2) Que en esta misma apreciación estuvo conforme el Gobierno Nacional, porque así lo demuestra elocuentemente el hecho de haber pagado completo al concesionario el valor total de la subvención, sin retener suma alguna, no obstante las facultades del contrato respectivo, para pagar indemnizaciones de esta clase, solamente posibles de alcanzar, como se alcanzaron más tarde, al amparo de un cambio de legislación que no era aplicable.

"(3) Que dentro de la extensión de las que he llamado tierras excelentes cruzadas por la vía, las fincas más afectadas y valiosas, lo mismo que en las tierras de inferior calidad, fueron las haciendas de **El Santuario, La Unión y San Felipe,** cuyos dueños, los señores Vaughan, Rebolledo y Pombo, y Powles y Restrepo, respectivamente, constituían, por su ilustración, posición social, comercial y pecuniaria, el núcleo de hombres más sobresalientes entre el grupo de los propietarios afectados con

las expropiaciones para el establecimiento de la nueva vía; y disponían, por lo tanto, ellos, de todos los elementos necesarios y deseables para conducir con buen suceso cualquier reclamación justa por este concepto ante el Gobierno Nacional de entonces. Sin embargo, en vez de tomar ese camino, se apresuraron a constituír por escritura pública, servidumbre gratuita y voluntaria de las zonas a favor del concesionario del ferrocarril y de sus sucesores por todo el tiempo de la concesión, para sacar así inteligentemente la ventaja de conservar para sus haciendas la propiedad del terreno donde se constituyeron las servidumbres, visto, que de otro modo, siendo innegablemente mayores los beneficios que los perjuicios recibidos por sus fincas con el paso del ferrocarril, tal operación les resultaba más conveniente a sus intereses. Estas cesiones gratuitas y voluntarias de servidumbres a favor del concesionario y sucesores del ferrocarril, constan en las siguientes escrituras:

"Número 425, de 31 de mayo de 1906, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá por el señor John M. Vaughan, a favor del concesionario señor T. G. Ribón.

"Escritura número 1046, de 30 de julio de 1906, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá por los señores Pombo & Revolledo, a favor del mismo concesionario.

"Escritura número 1926, de 26 de octubre de 1905, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá por el señor José Manuel Restrepo, por sí y como apoderado de William D. Powles, a favor del mismo concesionario.

"(4) Que en dondequiera que se estimó por los dueños y por los representantes del concesionario, que realmente se causaban perjuicios con el paso y establecimiento del ferrocarril, éstos fueron pagados por la Compañía sin reparos de ninguna clase, ni lugar a la exigencia de comprobación judicial, por el precio que los dueños de esas propiedades exigieron."

El perito de la parte actora empieza por manifestar que para rendir su dictamen ha consultado en el archivo del Ministerio de Obras Públicas, en los tomos 2096 y 2097, correspondientes a los años de 1914 a 1918, una copiosa documentación relativa a los antecedentes de la negociación llevada a cabo entre los dueños de las zonas expropiadas para la construcción del ferrocarril de La Dorada y el Gobierno Nacional, mediante la cual este último adquirió las indicadas zonas para la empresa del Ferrocarril, y hace en seguida la siguiente exposición:

"Con los otros dos peritos recorrimos esta línea y pude apreciar la desmejora de las tierras que atraviesa, pues divididas en forma que dificulta las atenciones que demanda su cultivo y las exigencias de la industria ganadera, no se ve, por otra parte, la compensación que resultaría si existieran allí los paraderos indispensables para hacer expedito y oportuno el embarque del ganado y beneficiar las demás negociaciones de sus dueños. Fuera de estas desventajas son de tenerse en cuenta las que sin duda resultan de las pérdidas de los semovientes ocasionados por los accidentes del tráfico; de la continua atención que demanda el mantenimiento de las cercas en buen estado y de la necesidad de alejar los edificios a fin de preservarlos del peligro de frecuentes incendios; agregándose a todo esto la intranquilidad que naturalmente origina la perspectiva de los litigios que forzosamente tiene que ocasionar una servidumbre de tránsito constituída por un vecino formidable y amparada por medio de un contrato privilegiado.

"Hay un punto de vista que he tenido muy en cuenta para emitir mi dictamen. La valorización de las tierras de que vengo hablando no ha sido el fruto de la presencia del Ferrocarril sino de su feracidad, del auge que en algunas épocas ha tenido la industria ganadera, de las fluctuaciones del medio circulante y de otras circunstancias de orden económico.

"Quizás podría argüirse que el ferrocarril de suyo favorece la agricultura y la ganadería, porque facilita los transportes. A esto se puede responder que este beneficio se relaciona con el movimiento de los negocios en general; pero es bien sabido que, dentro de ese conjunto hay unidades que sufren menoscabo en provecho de las otras, como puede observarse, por ejemplo, en el actual descenso del precio del ganado, que, si favorece a los consumidores, perjudica a los ganaderos. En otras palabras: lo que hay que decir en el caso presente no es si el paso del ferrocarril por las tierras comprendidas en su prolongación de Honda a Ambalema es útil al desenvolvimiento de los negocios, sino si esta utilidad dice relación directa con los propietarios de dichas zonas, y no sólo esto, sino si la derivan en grado más apreciable que la de los individuos que, por causa del paso del ferrocarril por esas tierras no han sufrido detrimento alguno.

"Refuerza el anterior razonamiento la consideración de que las fincas, al tiempo de la expropiación, no eran terrenos incultos, sino campos fértiles y convenientemente preparados para asegurar el desarrollo de las industrias allí establecidas, de forma que la valorización que han obtenido posteriormente depende de factores económicos en cuya balanza no se ha hecho sentir la influencia de la construcción de la vía férrea, para persuadir lo cual basta comparar el proceso de su valorización y depreciación con el de las fincas situadas entre Ambalema y Flandes, las cuales han venido subiendo y bajando de precio al compás de la proporción entre la oferta y la demanda, de las fluctuaciones del medio circulante, de las crisis comerciales y de otras causas que sería largo pormenorizar, pero que no se ocultan a quien haya observado atentamente el movimiento comercial de las fincas raíces en un lapso de treinta años.

"Es también de anotarse que, por regla general, las tierras por donde pasa el ferrocarril solamente se valorizan cuando concurren juntamente con la circunstancia de estar adyacentes y cercanas a la estación terminal; otras especiales que colocan en pie de ganancia reproductiva las negociaciones en ellas vinculadas, como en el caso de existencia de plantaciones destinadas a la exportación o al comercio interior en grande escala, o al establecimiento de fábricas cuya producción pide el acceso inmediato de los vehículos de transporte. En ninguno de estos casos se hallaban los dueños de las zonas al tiempo de la expropiación, y sí contaban, para el transporte de sus productos, con una vía fluvial que satisfacía suficientemente las exigencias del tráfico comercial aledaño.

"No hay que perder tampoco de vista que la indemnización que recibieron los propietarios de las zonas no fue oportuna sino tardía y que su monto apenas alcanza a compensar el valor que tenían las zonas en el día en que fueron violentamente despojados de ellas, a lo cual se agrega que, según lo demuestran acontecimientos posteriores, sus dueños ni siquiera tenían delante la perspectiva de que la construcción del ferrocarril contribuyera en forma eficaz al incremento de sus ganancias.

Si esta expropiación se hubiera efectuado en la forma justa, equitativa y conveniente establecida después a virtud del Acto legislativo número 3 de 1910, los dueños de las zonas hubieran recibido oportunamente una suma mayor de la que después se les pagó mediante un proceso tardío y enojoso tanto para ellos como para el Gobierno de la República.

"Como consecuencia de la exposición sucinta que acabo de haceros, la cual, a su vez, es el fruto de un examen detenido de los documentos que reposan en el Ministerio de Obras Públicas, entre los cuales son de mencionarse los informes presentados al Consejo de Ministros, por el Consejo de Estado, las resoluciones del Poder Ejecutivo, los dictámenes sometidos por los expertos al Gobierno, y las escrituras públicas contentivas de los diversos contratos celebrados entre el Gobierno y los dueños de las zonas, y la inspección ocular que de éstas hice en asocio de mis compañeros, conceptúo lo siguiente:

"El valor de las zonas con los perjuicios consiguientes, según el dictamen de peritos y de acuerdo con las escrituras de que hice mérito, es el de veintiocho mil treinta y ocho pesos con veintiséis centavos. El beneficio reportado por las fincas de que hacían parte, con el paso del ferrocarril, refiriendo este beneficio a la época en que por peritos se fijó el avalúo del valor de dichas zonas y de los perjuicios consiguientes a su expropiación, es ninguno.

"La diferencia, por tanto, entre el valor de las zonas expropiadas y de los perjuicios consiguientes y el valor del beneficio que reportaron las fincas de que dichas zonas hacían parte, por el paso del ferrocarril, equivale a la suma de veintiocho mil treinta y ocho pesos con veintiséis centavos ($ 28,038-26). Siendo entendido que este beneficio se refiere al tiempo en que se fijó el valor de dichas zonas y de los perjuicios consiguientes a su expropiación. No aprecio los intereses de esta suma desde que ella se hizo exigible por la Nación, una vez que este punto no fue sometido al estudio de los peritos."

Estando en absoluto desacuerdo los dos dictámenes relacionados, se dispuso oír el del perito tercero, quien expuso en lo pertinente:

"Con el propósito de ilustrar mi criterio, me trasladé asociado de los señores peritos principales, a los lugares donde están los predios de que se desmembraron las zonas del ferrocarril; recorrí la línea de carriles de hierro desde Ambalema hasta Honda; examiné el juicio principal y el sumario en que se discuten los derechos de las partes; revisé las escrituras que acreditan las cesiones de las fajas y las indemnizaciones pagadas por la Nación; estudié las varias exposiciones de los demás peritos que me han precedido; consulté las cuestiones, en abstracto, con personas sabias y prudentes; tuve a la vista interesantes documentos que ilustran esta delicada y difícil cuestión, y de todo he hecho un análisis que sintetizo de la manera siguiente:

"No pretendo discurrir en ciencias económicas, pero debo notar que los antiguos publicistas enseñaban que en la formación de la riqueza sólo concurrían el trabajo, el ahorro y el capital. Algunos modernos añaden el transporte, aunque este factor pueda considerarse incorporado en el trabajo y el capital. Esto indica que la creación de riqueza consistente en la valorización de las tierras, se debe a diversos factores económicos y no exclusivamente a los medios de transporte, como lo dice, con acierto, el doctor Antonio Rocha, Gobernador del Tolima, en la nota número 59, de 30 de mayo de 1932.

"Todas las tierras de Colombia han tenido un progresivo aumento de valor, debido a la prosperidad económica del país y a su desarrollo natural. Una de las causas del fenómeno, aunque no la única, son los medios de transporte. Al construírse un ferrocarril, quedan los predios atravesados y los adyacentes en condiciones favorables, sea para intensificar las industrias establecidas, sea para emprender en otras nuevas, pero el beneficio que hayan de derivar de la vía tiene un desarrollo muy lento, casi nulo en el principio y quizá de altas proporciones con el andar del tiempo. Determinar hasta dónde va, en una fecha dada, la influencia inmediata de la vía, y hasta dónde va la influencia inmediata de los demás factores económicos, es casi un imposible en la práctica.

"Para apreciar el beneficio, en el presente caso sometido a los peritos, juzgo necesario considerar por separado cada uno de los predios atravesados por la línea de hierro, porque en unos puede ser mayor que en otros.

"Ejidos de Mariquita. Varias causas han contribuído a la prosperidad de la población y de las tierras del vecindario. En cuanto a la parte debida al ferrocarril en los beneficios de los Ejidos, debo observar que, según la escritura pública número 986, de 11 de marzo de 1914, otorgada en la Notaría 2ª y referente a la cesión de una zona de 420,000 metros cuadrados, los peritos, según parece, avaluaron la faja, los perjuicios y el beneficio, así:

"Faja de 420,000 metros.. .. ..$	6,300	
"Perjuicios..	2,100	8,400
"Beneficio..		2,100
"Diferencia.. .. ..$		6,300

"Comparto el concepto y la apreciación de aquellos peritos sobre el beneficio. Estimo que en 1914, el beneficio recibido por los Ejidos de Mariquita, en lo que se debe al ferrocarril, fue de dos mil cien pesos ($ 2,100). La valorización del suelo no es un fenómeno procedente exclusivamente del ferrocarril. Se debe, además, a otros factores, a saber:

"**a**) A que la circunstancia, casual o premeditada de haber pasado la vía a alguna distancia del poblado, permitió la elaboración de un plan de urbanización que fue acogido por la Municipalidad. Ese plan, que se debe a la Casa de S. Pearson & Son, es un maravilloso estudio de ingeniería urbana, y dio necesariamente una valorización desusada a los terrenos.

"**b**) A que en Mariquita se estableció el cable aéreo que la une con Manizales, lo cual ha sido otro factor señaladísimo en su economía y prosperidad.

"**c**) A los efectos del desarrollo comercial general del país y al desarrollo industrial, por la inmigración de capitales extranjeros, por el intercambio y crédito internacionales y por el numerario procedente de empréstitos.

"Los ejidos son tierras de muy mala calidad, inapropiados para las industrias, y es sabido que las tierras de mala clase muy poco suben de valor en tiempo de prosperidad económica.

"Si en el presupuesto del lugar se avaluaron en 1914 los ejidos en $ 20,000, es equitativo calcular el beneficio en $ 2,100, que equivale a una alícuota cercana al diez por ciento (10 por 100).

"Esto se confirma teniendo en cuenta que mucho tiempo antes el padre del señor don Ricardo Galvis tuvo los Ejidos en arrendamiento 'al canon exiguo de $ 200' anuales, y que en el presupuesto municipal de 1914 se les calculó un rendimiento de $ 750.

"**El Común y San Cayetano.** Estos predios están situados en las cercanías de Ambalema, y especialmente del puerto de Beltrán. Muy poco beneficio debían recibir por la vía de hierro, comoquiera que tenían a cortísima distancia la vía fluvial del río Magdalena para el transporte de los productos hacia Girardot o hacia los mercados de arriba. El enorme comercio y la prosperidad del puerto de Beltrán ofreció al dueño de los predios, doctor Juan B. Quintero, la oportunidad de emprender en urbanizaciones que dieron a los lotes valores fabulosos. Hoy que está muerto el puerto de Beltrán, que ha decaído su comercio, las tierras inmediatas han bajado considerablemente. Esta observación demuestra la limitada virtud de la vía férrea en punto a la valorización y beneficios de las tierras, si no está ayudada por la fuerza de los demás factores.

"En la fecha en que se avaluó la zona y el perjuicio, también se tuvo en cuenta el beneficio. Según la escritura número 72, otorgada en la Notaría 1ª el 18 de enero de 1917, los peritos avaluaron la zona, los perjuicios y el beneficio, así:

"Zona de 190,235 metros cuadrados.. . . . . .$	570,705	
"Perjuicios..	1.085,859	1.656,564
"Beneficios..		271,464
"Diferencia.. . . . . .$		1.385,100

"También comparto el avalúo dado al beneficio por aquellos peritos, y lo estimo en la suma de doscientos setenta y un pesos, cuatrocientos sesenta y cuatro milésimos ($ 271,464), fundándome no sólo en la autoridad y probidad de ellos, sino en otras razones, además de las generales ya apuntadas. Los cálculos se hacen fijando al predio total el valor de $ 6,000; al beneficio, el 5 por 100, y al perjuicio, el 20 por 100. En el año de 1917, ese avalúo y ese porcentaje resultan equitativos. No se puede desatender tampoco el factor del florecimiento de la industria tabacalera en Ambalema, lo que desarrollaba el comercio y la industria.

"**El Guaco.** De la escritura número 2020, otorgada en la Notaría 2ª el 9 de octubre de 1914, se infiere el siguiente avalúo: zona de 57,650 metros, a $ 30 la hectárea, $ 172-95. Perjuicios equivalentes al 25 por 100 del valor del predio, $ 2,500. Por tanto, el precio total del predio se calculó en $ 10,000. En mi opinión, ese precio, con relación al año de 1914, es elevado, de manera que para calcular el beneficio, lo estimo en la suma de $ 6,000, y sobre ella deduzco el 3 por 100, o sean $ 180, valor del beneficio.

"**La Mina.** Según la misma escritura número 2020 de 1914, los peritos avaluaron la zona de 29,010 metros y los perjuicios en la suma de $ 2,067. Este factor, con el conocimiento y datos que he obtenido sobre la extensión de la tierra y su calidad, me permite apreciarla con relación al año indicado, en la suma de $ 5,000. Mientras más pequeñas sean las propiedades atravesadas por la vía, reciben mayor perjuicio y reportan menor beneficio. Por tanto, avalúo éste en un dos por ciento, o sea en la suma de cien pesos ($ 100).

"**Santo Domingo:** Según los datos que arroja la escritura número 2020 de 1914, los peritos estimaron la zona de treinta y tres mil veinte metros en $ 165-10, y el perjuicio en $ 4,000. Siguiendo el mismo orden de ideas de aquellos peritos, se deduce que el total del inmueble lo apreciaron en la suma de $ 20,000. Para estimar el beneficio, acepto dicho avalúo, que como todos los demás concuerda con el que le han señalado a todas las fincas los señores Miguel Soto y Ricardo Galvis. De mi parte, justiprecio el beneficio en el dos y medio por ciento, o sea en la suma de quinientos pesos ($ 500).

"**Cámbulo y Calibío.** Comparto el valor que se ha asignado a estas tierras por los peritos señores Soto, Galvis, Cayetano Lombana Barreneche, José Manuel Restrepo y otros, y por el catastro respectivo con relación al año de 1914. Según la escritura número 2020 de 1914 y los dictámenes, representaba la suma de $ 13,000. Calculo el beneficio en el dos y medio por ciento, o sea en la suma de trescientos veintisiete pesos ($ 327).

"**Bolivia.** Tomando como base los mismos elementos de información indicados en los puntos anteriores se puede dejar establecido que este inmueble valía en 1914 la suma de $ 3,500. Por tratarse de un predio pequeño, el beneficio resulta mucho menor, y debe estimarse en un dos por ciento, o sea en setenta pesos ($ 70).

"**Padilla.** Dentro del mismo orden de ideas valía esta propiedad, en 1914, la suma de $ 3,000. Estimo el beneficio en la suma de sesenta pesos ($ 60).

"**Gamba.** Según la escritura número 2681, otorgada en la Notaría 2ª el 20 de diciembre de 1915, los peritos estimaron el valor de la zona de 24,740 metros y los perjuicios en $ 2,574-22. De ahí se infiere que dieron al predio el avalúo total de $ 10,000, que es el mismo del catastro. Lo tomo por base y aprecio el perjuicio en la suma de doscientos cincuenta pesos ($ 250) o dos y medio por ciento.

"**Arado y Barzal.** Conforme a la escritura número 2681, citada en el punto anterior, los peritos avaluaron la zona y los perjuicios en $ 1,800. Dado el criterio uniforme como ellas procedieron, el valor total del predio en 1915 puede calcularse en $ 5,500. Sobre esta cifra aprecio el beneficio en el 2 por 100, o sea en ciento diez pesos ($ 110).

"**Miraflores.** Según la escritura número 188, otorgada en la Notaría 2ª el 29 de enero de 1917, se apreció por los peritos la finca en $ 9,000, cifra ésta aceptada por varios de los peritos que han intervenido en el juicio. Acojo tal avalúo y estimo el beneficio en el dos y medio por ciento, o sea en la suma de doscientos veinticinco pesos.

"Si como se dijo, son muchos los factores económicos que actúan en el proceso beneficiario de los inmuebles, y señaladamente en su valorización, no parece acertado atribuír exclusivamente esos efectos a los ferrocarriles. Una vía férrea, sin la ayuda de los demás factores, da en general escasos resultados, como lo demuestran las sencillas observaciones que siguen:

"El ferrocarril del Nordeste hasta hoy no ha valorizado las tierras que atraviesa en el trayecto de Bogotá a Tunja, y es probable que tampoco las valorice en el futuro, aunque está llamado a ser un factor señaladísimo de desarrollo para el proceso industrial y comercial, cuando llegue a la Costa Atlántica.

"El caso de las tierras de Beltrán, por haber llegado este puerto a su ocaso, indica que no es a la vía férrea a lo que se debe la valorización de las tierras adyacentes.

"La propiedad raíz, desde 1905, ha tenido un aumento progresivo que culminó en los años de 1927 a 1930. De entonces a hoy ha bajado en más del cincuenta por ciento.

"Todos los presupuestos de los Municipios de Colombia acusan un aumento apreciabilísimo en sus ingresos, especialmente por el impuesto predial, y ese fenómeno cobija aun a los distantes de las vías de comunicación.

"En la línea de Honda a Ambalema, los mejores predios no están comprendidos en la lista de los que fueron materia de la expropiación. Las tierras más estériles o de inferior calidad, derivan, naturalmente, menos beneficios.

"En apoyo de mis ideas debo observar que el estudio de los dictámenes periciales habidos en cuenta por el Gobierno y los dueños de las zonas expropiadas, justifica la opinión de que si los peritos de entonces dieron valores especiales al beneficio recibido por los predios de **Mariquita y El Común y San Cayetano,** y si no tuvieron en cuenta o prescindieron del beneficio de las demás fincas, fue porque estimaron que éstas no lo habían recibido. De otro modo no se explicaría esa prescindencia, teniendo en cuenta que tales peritos conocían lo que debían hacer, según el Acto legislativo número 6 de 1905, que, los valores que dieron a cada predio son exactos, y que erraran en cosa de tanta monta, siendo muy conocedores de la región e hijos de ella, como los señores Cayetano Lombana y Tulio A. Forero.

"Resumiendo los cálculos hechos arriba, el siguiente cuadro muestra el avalúo que presento de los beneficios recibidos por los predios en las fechas en que fueron avaluadas las zonas y los perjuicios:

"Ejidos de Mariquita. Beneficio en 1914...$	2,100,000
"**El Común y San Cayetano.** Beneficio en 1917..	271,464
"**El Guaco.** Beneficio en 1914...	180,000
"**La Mina.** Beneficio en 1914..	100,000
"**Santo Domingo.** Beneficio en 1914.	500,000
"**Cámbulo y Calibío.** Beneficio en 1914. .. .	327,000
"**Bolivia.** Beneficio en 1914..	70,000
"**Padilla.** Beneficio en 1914..	60,000
"**Gamba.** Beneficio en 1915..	250,000
"**Arado y Barzal.** Beneficio en 1915.	110,000
"**Miraflores.** Beneficio en 1917..	225,000
"Suma.. .. ..$	4.193,464

"Con estas cifras, que representan el beneficio en el tiempo de los pagos, basta una operación aritmética para señalar la diferencia entre el valor pagado por la Nación a los dueños de las zonas.... junto con los perjuicios procedentes de la expropiación, por una parte, y el valor del beneficio.... por otra, según el auto de 23 de septiembre de 1930.

'Si se tiene en cuenta que respecto de los Ejidos de Mariquita se pagó el valor de la zona por $ 6.30 y se dio por compensado el perjuicio de $ 2,100 con el beneficio calculado en una suma igual; que respecto de **El Común y San Cayetano** se pagó el valor de la zona y de parte del perjuicio calculado en el 20 por 100, y se dio por compensado el resto del perjuicio, o sea, un 5 por 100, equivalente a $ 271,464, con el beneficio, y que la compensación hecha así es en realidad un pago, resulta que la suma de $ 4.193,462, en que tengo apreciados los beneficios de todos los predios, deberá descontarse de la suma de $ 28,038-26, aumentada ésta en la de $ 2.371,464, resultando la diferencia de $ 26.216,262.

"Pago en efectivo hecho por la Nación.. .. ..$	28,038 26	
"Pago por la compensación respecto de los Ejidos de Mariquita (perjuicios).	2,100 ..	
"Pago por compensación respecto de **El Común** y **San Cayetano** (perjuicios)..	271 464	30,409 724
"Beneficios que he apreciado.. .. .. ..$		4,193 462
"Diferencia entre los valores exactos de las zonas y de los perjuicios, por una parte, y de los beneficios, por la otra.. .. .. .. $.		26,216 262

"Si no se tiene en cuenta ese descargo, compensación o pago de los perjuicios de Mariquita y del saldo o 5 por 100 del perjuicio de **El Común** y **San Cayetano,** la diferencia que señalo resulta así:

"Valor pagado por la Nación.. .. .. ..$	28,038 26
"Valor de los beneficios..	4,193 464
"Diferencia buscada.. .. ..$	23,844 796

"En los términos anteriores dejo consignado mi concepto:"

De la confrontación de los dictámenes preinsertos aparece que no solamente hay discordancia entre ellos, sino que entre los conceptos de los dos peritos principales media una diferencia que excede del cincuenta por ciento de la cantidad menor, una vez que el perito de la parte actora estima de ningún valor, o sea en 0 el beneficio reportado con el paso del ferrocarril por las fincas de que hacían parte las zonas expropiadas por la Nación para la ferrovía, en tanto que el perito de la parte opositora hace subir el valor de tal beneficio a la suma de $ 87,800.

Surge de aquí la necesidad de que la Corte haga la regulación del expresado beneficio teniendo en cuenta los fundamentos de los dictámenes periciales y los demás elementos del proceso, de acuerdo con la atribución asignada al efecto en el segundo miembro del artículo 721 del Código Judicial.

Para llenar este cometido la Corte sienta las siguientes consideraciones:

El dictamen del perito designado por la compañía demandada adolece de exageraciones y errores de apreciación manifiestos, tales como los que a continuación se relacionan.

Atribuye dicho perito exclusivamente a la acción producida por el paso del ferrocarril el aumento de valor recibido por las fincas a que pertenecían las zonas expropiadas para dicha obra. Así aparece claramente de varios pasajes de ese dictamen, de los cuales se copia como muestra éste:

"Otro ejemplo: la finca **Cámbulo** y **Calibío** que he apreciado al tiempo de la expropiación en $ 13,000, ¿es mucho calcular que aumentó de valor por razón de la construcción del ferrocarril, en un 40 por 100, esto es, que quedó valiendo $ 18,200? Absolutamente."

Es bien sabido que el aumento de valor de las tierras a través del tiempo se debe a numerosos factores, entre los cuales se cuentan el mayor o menor desarrollo de la agricultura, el aumento de consumo de los productos agrícolas ocasionado por el aumento de población del país en general o de la región respectiva en particular, el incremento de la riqueza pública y privada, el mejoramiento de las vías de comunicación, la mayor o menor protección aduanera que se preste a los productos nacionales, la cantidad de numerario que se encuentre en circulación, la fundación de centros de consumo próximos o el incremento de los existentes, la calidad y valor específico de la moneda, etc., etc.

Por donde se ve que el mejoramiento de las vías de comunicación es tan sólo uno de los múltiples elementos que pueden influir en la valorización de la propiedad territorial y por consiguiente, no se le puede tomar como factor único al respecto.

Conviene también anotar, como lo hace otro de los peritos, que la proximidad de la vía acuática constituída por el río Magdalena hace que el beneficio recibido por la construcción del ferrocarril no sea de tánta significación para los predios de que aquí se trata, como podría serlo respecto de otros que se encuentren en circunstancias diferentes.

Otro error de apreciación en que incide el mentado perito es el de considerar el beneficio recibido por las fincas con el paso del ferrocarril como un aditamento al valor comercial de las mismas en la época en que fueron avaluadas las zonas y los perjuicios, o sea en el año de 1914, y no como parte integrante de dicho valor, viniendo a quedar así las fincas con dos valores diferentes en un mismo día; uno, el valor comercial, y otro, dicho valor aumentado con el valor del beneficio. Así, por ejemplo, dice el dictamen:

"Terreno en Mariquita pagado a M. Restrepo Uribe & Cº (avalúo catastral de 1914), para toda la propiedad de donde se secuestró la zona expropiada denominada **Ejidos Municipales**, $ 20,000. Beneficio, 200 por 100, $ 40,000."

Más adelante se encuentra esta otra partida:

"Finca de **El Común y San Cayetano**, de Juan B. Quintero (acojo el avalúo de los peritos que consta en la escritura número 72, $ 6,000. Beneficio, 300 por 100, $ 18,000."

Según lo que dice el perito, la finca **Ejidos Municipales** valía en 1914 conforme al catastro, $ 20,000, y había recibido hasta la misma época, un beneficio de $ 40,000, y la finca de **El Común y San Cayetano** valía en el año expresado $ 6,000 y había recibido hasta entonces un beneficio de $ 18,000. Mas ¿cómo puede explicarse que el solo beneficio reportado con el paso del ferrocarril sea dos o tres veces mayor que el valor total de la finca beneficiada, confrontados estos valores en la misma época? ¿No estaba, pues, el beneficio incluído en el valor de la finca? ¿Cómo puede ser la parte superior al todo?

El perito de la parte demandante incurre en el extremo opuesto, o sea en considerar que la construcción de la vía férrea no ha tenido influencia de ninguna especie en el aumento de valor de los fundos a que se viene haciendo referencia. Es incuestionable a la luz de la economía política que la facilidad, la rapidez y la baratura de los medios de transporte son factores que influyen en el proceso de valorización de la propiedad rural. Las razones que da el perito, así como las que atrás se expusieron, sirven para concluír que el ferrocarril no ha sido la única causa determinante del alza en el precio de la propiedad territorial, mas no para deducir que ha sido del todo extraño a dicho fenómeno.

El perito tercero, sitúa las cosas en su verdadero lugar. No desconoce que la presencia de los rieles haya tenido influjo en el aumento del valor de la propiedad, pero no estima que dicho factor sea único y exclusivo en el proceso de valorización, sino simplemente concurrente con otros muchos factores.

Siendo por lo visto más exacto el punto de vista en que se coloca este perito, y siendo por otra parte juiciosas sus consideraciones acerca de la estimación del aumento del valor, o sea del beneficio ocasionado por la presencia del ferrocarril, la Corte acoge el concepto de dicho perito para el efecto de fijar el monto del referido beneficio.

En lo que respecta a los predios **Ejidos de Mariquita**, y **El Común y San Cayetano**, apareciendo, como lo observa el perito, que el valor del beneficio fue ya estimado por los peritos que intervinieron en el avalúo de las zonas en la suma de $ 2,100 para el primero de aquellos predios y en $ 271,464 para el segundo, y que estas cantidades fueron ya deducidas del valor de las zonas y los perjuicios, no hay lugar a nueva deducción por concepto de beneficio en lo que dice relación a los indicados fundos.

En consecuencia, el monto del valor de los beneficios recibidos por los predios, exclusión hecha de los **Ejidos de Mariquita y El Común y San Cayetano**, en las fechas en que fueron avaluadas las zonas y los perjuicios, es el siguiente, de acuerdo con la estimación del perito tercero:

El Guaco	$	180
La Mina		100
Santo Domingo		500
Cámbulo y Calibío		327
Bolivia		70
Padilla		60
Gamba		250
Arado y Barzal		110
Miraflores		225
Suma	$	1,822

Deduciendo esta suma de la de $ 28,038-26, valor de las zonas y los perjuicios, se tiene una diferencia de $ 26,216-26, que era la que se trataba de averiguar por medio del presente juicio.

De acuerdo con lo dicho, el valor total del beneficio reportado por las fincas de que hacían parte las zonas expropiadas, es de $ 4,193-46, que se descomponen así:

Ejidos de Mariquita.. .. ..$	2,100 ..
El Común y San Cayetano..	271 46
Los nueve predios restantes..	1,322 ..
Suma.. .. ..$	4,193 46

Mas como al efectuar el pago de las zonas expropiadas por el Gobierno y los perjuicios, ya se habían deducido los beneficios recibidos por los dos predios primeramente mencionados, solamente hay lugar a deducir el valor del beneficio reportado por las demás fincas.

Por tanto, la Corte Suprema, obrando en Sala Civil de única instancia y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que la cantidad que la Compañía demandada, denominada antes The Dorada Extension Railway Company Limited y hoy The Dorada Railway Company Limited, debe pagar a la Nación como diferencia entre el valor de las zonas de terreno expropiadas por esta última entidad para la Empresa del Ferrocarril de La Dorada, en su prolongación de Honda a Ambalema, con los perjuicios consiguientes, por una parte, y el valor del beneficio que reportaron las fincas a que pertenecían dichas zonas con el paso de la nueva vía, por otra, es la de veintiséis mil doscientos diez y seis pesos veintiséis centavos, suma que será pagada dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del presente fallo.

No están probadas las excepciones opuestas por la parte demandada.

Publíquese, notifíquese y cópiese. Insértese en el órgano de la Corte y archívese el expediente.

LUIS F. ROSALES—**Enrique A. Becerra — Julio Luzardo Fortoul—José Joaquín Hernández—Juan E. Martínez—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

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

(Magistrados redactores, doctores Martínez y Tafur A.).

Vistos:

En demanda que presentó contra el Banco del Sur, en liquidación, Delfín Martínez pidió se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Están erradas las cuentas llevadas por el Banco al demandante en la forma de cuenta corriente, con intereses diferenciales del doce y del ocho por ciento anual, desde el año de mil novecientos ocho hasta el de mil novecientos veinticinco, en que quedó cerrada definitivamente, con el saldo débito de cuatro mil ochocientos setenta y dos pesos, veinte centavos ($ 4,872-20); y, por lo mismo, deben revisarse esas cuentas y rectificarse los errores de que adolecen, para conocer el saldo definitivo.

"Segunda. Es nula la obligación declarada por el demandante, según los documentos del primero de noviembre de mil novecientos veinticinco, por tres mil pesos ($ 3,000) oro el uno, y por mil ochocientos setenta y dos pesos con veinte centavos ($ 1,872-20) el otro, en virtud de haber suscrito esa obligación sin revisar las cuentas de diez y siete años, y bajo la influencia de un grave error; y, por lo consiguiente, carecen de valor legal esos documentos."

Hé aquí los hechos de la demanda:

"1º El demandante celebró un contrato de cuenta corriente con el Banco del Sur en el año de mil novecientos ocho, bajo estas bases:

"**a)** Martínez recibe cheques del Banco con los cuales puede girar contra el mismo por una suma determinada.

"**b)** El Banco cubrirá los cheques hasta completar la suma convenida.

"**c)** Martínez abonará desde la fecha en que fueren pagados los cheques por el Banco, el interés del uno por ciento (1 por 100) mensual, hasta la conclusión del contrato.

"**d)** El Banco, a su vez, abonará a Martínez el ocho por ciento (8 por 100) sobre las cantidades que deposite en el Establecimiento, cuando esas cantidades no sean menores de cien pesos plata, o sean cincuenta pesos oro legal.

"**e)** Terminado el contrato de cuenta corriente, Martínez reconocerá el saldo líquido que resulte a su cargo, conforme a las cuentas comprobadas en los libros del Banco; y

"**f)** Martínez se somete a lo prescrito en el artículo 18 del Reglamento del Banco del Sur.

"2º El demandante usó de ese crédito en descubierto por tiempo indefinido, retirando valores y haciendo grandes consignaciones, en forma que la cuenta quedara cancelada, como efectivamente lo está.

3º El Banco del Sur llevó la cuenta por un sistema erróneo de contabilidad, capitalizando los intereses, contra lo estipulado en el contrato primitivo, o en el pacto de cuenta corriente, que es ley para los contratantes.

"4º Es falso el saldo de cuatro mil ochocientos setenta y dos pesos, veinte centavos ($ 4,872-20) oro, deducido por el Banco a cargo del señor Delfín Martínez.

"5º El Banco del Sur elevó por sí solo, y sin el previo consentimiento de la contraparte, la tasa de los intereses diferenciales, al 18 y al 12 por 100 anual, y liquida las cuentas con ese exceso arbitrario, capitalizándolos en cada semestre."

El representante del Banco, al contestar la demanda, negó la existencia actual del contrato de cuenta corriente, por cuanto dicho contrato estaba ya terminado por arreglo, y negó asímismo los hechos 2º, 3º, 4º y 5º, mientras el demandante no diera la prueba de ellos. Concluyó así su respuesta:

"Por todo lo expuesto, al señor Juez pido que en el fallo definitivo declare improcedente la demanda, y subsidiariamente, y para el caso de no hacer esta declaratoria, que declare probadas las excepciones perentorias de arreglo y transacción y las demás que alegare y probare en el curso del debate."

El diez y siete de febrero de mil novecientos veintiocho, el señor Juez 2º del Circuito de Pasto falló la controversia en los términos siguientes:

"1º Están erradas las cuentas llevadas por el Banco del Sur al demandante, en la forma de cuenta corriente, desde el año de mil novecientos ocho hasta el de mil novecientos veinticinco, en que quedó cerrada definitivamente con el saldo débito de cuatro mil ochocientos setenta y

dos pesos, veinte centavos ($ 4,872-20) oro, y, por lo mismo, deben revisarse esas cuentas y rectificarse los errores de que adolecen; y

"2º No es nula la obligación declarada por el demandante, según los documentos del veintidós de octubre de mil novecientos veinticinco, por tres mil pesos oro el uno, y por mil ochocientos setenta y dos pesos con veinte centavos el otro, quedando, eso sí, sujeta a la revisión de las cuentas, de que trata el punto anterior."

Apelaron ambas partes y el Tribunal de Pasto dictó sentencia el nueve de noviembre del propio año, por medio de la cual confirmó el punto 1º de la del Juez, y revocó el 2º, para decidir en su lugar que "son nulas las obligaciones declaradas por el demandante Delfín Martínez en los docuementos de veintidós de octubre de mil novecientos veinticinco, por valor de tres mil pesos ($ 3,000), y de mil ochocientos setenta y dos pesos, con veinte centavos ($ 1,872-20)."

Interpuso casación el representante del Banco y el recurso se admite por hallarse dentro de las condiciones legales.

El apoderado constituído ante la Corte fundó el recurso y presentó al propio tiempo un memorial dirigido desde Pasto por el Liquidador. Se tendrán presentes las observaciones de los dos memoriales, que por cierto carecen de la claridad y el orden deseables.

Se alegan las causales 1ª y 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Se dice en el memorial del Liquidador que el Tribunal no resolvió sobre las excepciones.

En la contestación de la demanda, el apoderado del Banco alegó la excepción de "arreglo y transacción," y de manera abstracta, las otras que lograra probar en el curso del debate; pero en forma concreta no adujo más en el término que reconoce el artículo 482 del Código Judicial.

En la parte resolutiva de la sentencia no se resolvió expresamente acerca de la excepción propuesta; pero en la motiva sí se tomó en consideración, al afirmar el Tribunal que, aunque Martínez firmó dos pagarés (que es en lo que se hace consistir la transacción), no por ello había perdido el derecho de solicitar la rectificación de la cuenta; concepto éste que equivale al de que no procedía la excepción, la cual, por lo mismo, quedó virtual pero inequívocamente fallada.

"La Corte ha establecido en varias decisiones la doctrina de que se estiman implícitamente falladas las excepciones propuestas por el demandado, cuando el Tribunal sentenciador las examina en la parte motiva de su fallo y en él concede derecho al demandante, por implicar esto último que la excepción o excepciones del demandado no desvirtúan la acción." (Número 1577 del tomo 3º de la **Jurisprudencia de la Corte**).

Cuanto a las excepciones no alegadas oportunamente por el demandado, la omisión del Tribunal respecto de ellas no puede ser materia de casación. Por tanto, no existe este motivo de invalidación, correspondiente a la causal 2ª

Se alega también que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones deducidas por las partes, y ello porque el Tribunal negó la naturaleza del contrato de cuenta corriente "celebrado, admitido y reconocido por aquéllas," para afirmar categóricamente que el contrato fue distinto. Empero, el cargo así presentado, no queda comprendido en la causal 2ª de casación, sino en la 1ª, pues de ser cierto, querría decir que el sentenciador incurió en errores de hecho o de derecho en la interpretación del contrato y en violaciones de la ley. Tampoco procede este motivo.

Cuanto a la causal 1ª de casación, se aduce en primer término la violación de la ley sustantiva. Expone al efecto el apoderado ante la Corte:

"La sentencia desconoce el contrato comercial de cuenta corriente, celebrado entre el señor Martínez y el Banco del Sur, y lo convierte a su antojo en un contrato de mutuo civil, al cual le aplica las disposiciones de dicho Código, y especialmente el artículo 2235, que prohibe, para el mutuo civil, estipular intereses de intereses, estipulación que sí autoriza expresamente para el contrato de cuenta corriente el artículo 743 del Código de Comercio.

"Al proceder así, la sentencia viola directamente el artículo 230 (debió citarse el 730) y siguientes del título 9º del libro 2º del Código de Comercio que regula el contrato de cuenta corriente, y en especial los artículos 734, 739, 740, 741, 742, 743 y 744 de dicho título; todos los cuales han debido tenerse en cuenta para fundamentar el fallo."

Después de decir esto, el apoderado ataca la sentencia por errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas. Según aparece de los documentos en que se hizo constar, de las confesiones de las partes y aun de la demanda misma, el contrato era de cuenta corriente, y, sin embargo, el Tribunal modificó su naturaleza, al considerarlo como de mutuo civil: con ello incurrió en un error de hecho evidente, concluye el acusador, "puesto que se halla claramente acreditada la existencia de dicho contrato de cuenta corriente y de los elementos que lo constituyen "

Para examinar todo el cargo anterior, empieza la Corte por lo relativo al error de hecho en la interpretación del contrato.

En los documentos en que éste fue escrito, se le calificó de cuenta corriente y el propio carácter se le asignó en el libelo de demanda y su contestación; pero el Tribunal afirmó que la operación bancaria conocida con el nombre de cuenta corriente, no es el contrato que define el Código de Comercio en el título 9º del libro 2º. Trajo en su apoyo los conceptos de un tratadista italiano, y por esto el recurrente lo acusa de haber abandonado, al fallar, los dictados de la ley nacional; cargo éste verdaderamente fútil, pues la cita la hizo el Tribunal por vía de ilustración y no por fundamentar el fallo en aquellos conceptos con prescindencia de las disposiciones que rigen en Colombia.

La Sala, emitiendo de paso la observación de que el nombre que las partes le atribuyan a un contrato, no alcanza a variar la naturaleza de éste, estima innecesario dilucidar si el de que aquí se trata fue ciertamente de cuenta corriente, porque el Tribunal lo admitió así, aunque en gracia de discusión, para demostrar que el Banco no pudo, procediendo a su arbitrio, capitalizar los intereses y elevar la tasa; como que en en estos dos puntos se halla la sustancia del pleito.

Dijo el sentenciador que la capitalización de intereses no es de la esencia ni de la naturaleza del contrato de cuenta corriente, según se deduce del artículo 743 del Código de Comercio, "y que, por consiguiente, una obligación semejante no puede nacer a la vida de las relaciones jurídicas, sino en virtud de expreso consentimiento

de las partes"; y en lo tocante a la elevación de la tasa del interés por voluntad de uno solo de los contratantes, advirtió que "si la causa formal de las relaciones jurídicas contractuales es la voluntad de los contratantes, es claro que sin la intervención de esa misma causa ninguna modificación puede efectuarse en tales relaciones." Para formular estas apreciaciones, el Tribunal tuvo en cuenta que los documentos en que aparece el contrato celebrado entre Martínez y el Banco nada expresan respecto de la capitalización, ni de subida de la tasa.

El recurrente no ha impugnado la aseveración del Tribunal, relativa a la capitalización en el contrato de cuenta corriente; pues al respecto sólo dice que "la sentencia desconoce y niega el derecho que el Banco tenía para capitalizar los intereses de la cuenta corriente del señor Martínez, con lo cual niega el artículo 743 del Código de Comercio, que autoriza expresamente dicha capitalización."

Lo que el sentenciador sostiene es que, como dicha capitalización no es de la esencia ni de la naturaleza del contrato, necesitaba de acuerdo especial, que no lo hubo en el caso del pleito; y esto, como se ve, no es negar el mencionado texto legal, sino darle una interpretación, que no está atacada.

Agrega el apoderado ante la Corte que la sentencia limita y desfigura la estipulación contenida en el punto 6º de los documentos en que se hicieron constar los contratos de cuenta corriente entre el Banco y Martínez, "al limitar y desfigurar el sentido que tiene allí la frase 'y demás disposiciones que sobre el particular establezca la Junta Administradora del Banco,'" y la propia acusación se halla en el memorial del liquidador.

Lo cual equivale a sostener que hubo error de hecho evidente o quizás de derecho, en la interpretación que el Tribunal le dio a esta cláusula del contrato:

"6º Yo Apolinar Mutis (apoderado de Martínez), me someto a lo dispuesto en el artículo 18 del reglamento y demás disposiciones que sobre el particular establezca la Junta Administrativa del Banco." (La cláusula está redactada de idéntica manera en ambos documentos).

La sentencia dice que la frase final de dicha cláusula, por su relación gramatical con el resto de la oración de que hace parte y por la referencia al artículo 18 del Reglamento, está circunscrita o limitada a los particulares de que trata el mismo artículo, que dice:

"Si el haber de alguna cuenta corriente excediere al debe, el exceso se considerará como depósito disponible, salvo que en cada caso especial disponga otra cosa la Junta Administrativa."

El liquidador, a su turno, expresó lo siguiente:

"Por razón, pues, de que no se trataba de la celebración de un contrato, y por cuanto el artículo 18 del Reglamento contiene ya la salvedad de cualquier disposición de la Junta Administrativa del Banco respecto del exceso del haber al debe de una cuenta corriente, parece lo más natural y obvio que la frase 'sobre el particular,' empleada en la cláusula 6ª de aquel contrato se interprete aplicada generalmente al contrato mismo y no exclusivamente al contenido del artículo 18 del Reglamento, en fuerza del artículo 1620 del Código Civil, ya que en este último sentido las frases 'y demás disposiciones que sobre el particular establezca la Junta Administrativa del Banco,' como estipulación del contrato, habrían sido repetición inútil y sin efecto alguno de las frases 'salvo que en cada caso especial disponga otra cosa la Junta Administrativa,' con que termina el mismo artículo del Reglamento."

La Corte estima que no está comprobado el error evidente que se dice sufrido por el sentenciador, pues la interpretación acogida por éste le hace producir efecto a la cláusula, una vez que, como lo apunta el apoderado de la contraparte, podría tener el de patentizar que el cliente no sólo se dio cuenta de la primera parte del artículo 18 del reglamento, sino que en forma especial asintió a la segunda, la más delicada para él. Además, la regla del artículo 1620 del Código Civil para la interpretación de los contratos no es única: al fallador le es dado, en vista de las circunstancias de cada caso, aplicar la regla que estime conducente entre las consignadas en el título XIII del libro 4º

De la inteligencia dada por el Banco a la cláusula en cuestión, provino el que éste hubiera elevado la tasa del interés en el contrato con Martínez, y provino igualmente la capitalización de intereses por semestres, de conformidad con la costumbre de aquella entidad; y desde este punto de vista se acusa la violación del artículo 743 del Código de Comercio y de los artículos 2º y 3º del mismo, que reconocen fuerza de ley a la costumbre mercantil en determinadas condiciones; mas ya se indicó que el artículo primeramente citado no está infringido por el Tribunal, sino interpretado de una manera no impugnada por el recurrente, ni los segundos han sido quebrantados, porque el sentenciador consideró que el contrato se rige únicamente por las estipulaciones de los documentos.

Como compendio de lo expuesto hasta aquí, puede sentarse esto: si bien es cierto que el Tribunal dijo que el contrato de Martínez y el Banco no era de cuenta corriente, examinó la cuestión sobre el supuesto de que lo fuera, para concluir que éste no pudo capitalizar los intereses ni elevar la tasa por falta de convenio expreso en el contrato; de donde se sigue que el error, si lo hubo, en la apreciación de la índole jurídica de tal contrato, no influyó en las conclusiones de la sentencia.

Ahora bien: semejantes conclusiones tienen apoyo en la interpretación de la cláusula 6ª de los documentos por el Tribunal, sin que se haya demostrado por el recurrente un error evidente de hecho o uno de derecho. De aquí pues, que no aparezca la violación de los artículos del Código de Comercio referentes al contrato de cuenta corriente, ni la de los artículos 1761, 1763, 1765 y 1769 del Civil, como tampoco la de los artículos 536, 537, 539, 541, 555, 556, 691, 693, 694 y 706 del Judicial y del 72 de la Ley 105 de 1890, relativos a pruebas, ni la del artículo 182 del de Comercio.

Se acusa el quebrantamiento del artículo 2235 del Código Civil, por indebida aplicación de él a un contrato comercial y por interpretación errónea. Mas en el supuesto de que no debía aplicarse al caso de la litis, no por ello se produciría la invalidación del fallo, porque, fuera de lo estatuído en semejante artículo para prohibir el anatocismo, el sentenciador estimó, como se ha visto, que como el contrato no autorizó expresamente la capitalización ni la elevación de la tasa, no estaba en las facultades del Banco hacer esto sin la voluntad de la otra parte contratante. Por lo demás, el recurrente no ha explicado en qué estriba la interpretación errónea de que se queja.

Expone el apoderado ante la Corte que la sentencia, aunque desconoce la existencia del contrato de cuenta corriente, admitió la acción establecida con fundamento en el artículo 745 del Código de Comercio, con lo cual

incidió en palpable contradicción. Agrega que el demandante, antes de fijar definitivamente el saldo de su cuenta corriente, lo discutió de modo amplio con el Banco, en uso del derecho de rectificar tal cuenta, y, por lo mismo, ya no podía promover la revisión judicial de la misma; de donde se desprende la infracción de los artículos 214 y 745 del citado Código, ora de manera directa, ora por indebida aplicación, porque no son pertinentes. Además, tales artículos fueron quebrantados por otro aspecto, porque recibieron aplicación, no simplemente para rectificar una cuenta, descartando partidas erradas, sino para desconocer el título de la obligación de Martínez, que era el derecho del Banco a la capitalización de intereses, "de acuerdo con las estipulaciones contractuales," y porque ya el contrato estaba definitivamente cancelado.

Observa la Corte que el Tribunal se apoyó en el artículo 214 del Código de Comercio y al respecto expresó lo siguiente:

"Delfín Martínez recibió la cuenta del Banco del Sur, y como no estuviese en capacidad inmediata de pagarla, firmó dos pagarés por el monto de esa cuenta. Si conforme a la disposición transcrita (el artículo citado últimamente), aun después de pagar habría tenido derecho para la rectificación de la cuenta pagada, a pari, por lo menos, puede concluírse en todo rigor de lógica, que ha tenido derecho para pedir la rectificación de la cuenta, después de firmado el pagaré que tenía su origen en esa cuenta que aparecía errónea."

Por el hecho de haber firmado Martínez los documentos aludidos no puede sostenerse la infracción del citado artículo 214, supuesto que éste le permite al comerciante que ha pagado, solicitar la rectificación de los errores y vicios contenidos en la cuenta; ni la del artículo 745, que reconoce la acción encaminada a obtener la rectificación. Tampoco procede el reparo de que con la aplicación de los mismos artículos se desconoció el derecho del Banco a la capitalización de los intereses, porque tal desconocimiento depende de la interpretación que el sentenciador le dio al artículo 743, la cual no ha sido atacada, como queda dicho; y respecto de que el contrato estuviera definitivamente cancelado, adviértase que la acción para rectificar la cuenta o pedir su arreglo, se ejercita cabalmente cuando el contrato ha terminado. Por lo demás, ya se ha manifestado que el Tribunal, a pesar de su dictamen acerca de la naturaleza del contrato, examinó la cuestión sobre la base de que se trataba de una cuenta corriente, por donde no se ve la contradicción que le increpa el apoderado.

En el memorial del liquidador se acusa un error de derecho y la violación del artículo 1693 del Código Civil, por errónea interpretación en este párrafo de la sentencia:

"En la segunda instancia, el Banco demandado ha demostrado, con prueba abundante, que el reparto de dividendos del Banco entre sus socios (entre los cuales se encontraba don Delfín Martínez), se hizo sobre la base de intereses capitalizados, y que el señor Martínez, que estuvo representado en las asambleas generales de accionistas, no hizo observación alguna, y, por el contrario, tácitamente aceptó la compensación de sus dividendos con parte de su deuda, y de aquí trata de deducirse la novación del contrato primitivo; pero es bien sabido que al tenor de los principios que regulan la novación, ésta no se presume y debe ser expresamente declarada por las partes." (Artículo 1693 del Código Civil).

Arguye el Liquidador que, con arreglo a este artículo, basta que aparezca de modo indudable que la intención de las partes ha sido novar, para que la novación deba ser reconocida por el juzgador, sin necesidad de declaración expresa de las partes.

Empero, a esto responde la Corte que el Tribunal, al examinar los hechos reseñados en el párrafo transcrito, no afirmó que ellos mostraban claramente la intención de novar en el ánimo de los contratantes; y si el recurrente estima probada tal intención, ha debido acusar por error de hecho cometido al apreciar las pruebas que la acreditan. Entretanto, no demostrada la intención, no es imputable un error de derecho al sentenciador por haber dicho que era necesario que las partes declararan expresamente la novación. Además, la excepción de este nombre no fue alegada por el demandado en la oportunidad que el Código Judicial (artículo 482) le brindaba, y de aquí que, en la hipótesis de que estuviera establecida, no podría infirmarse la sentencia, por no haberla declarado de oficio el Tribunal, de conformidad con una conocida doctrina de casación. (Véase, por ejemplo, el número 1582 del tomo 3º de la **Jurisprudencia** de la corporación).

Se sigue, como consecuencia de cuanto queda expuesto, que no es casable la sentencia en lo que mira a la petición primera (1ª) de la demanda.

Importa estudiar ahora las acusaciones formuladas contra la misma sentencia por haber accedido a declarar la nulidad que es objeto de la petición segunda (2ª).

Dice el señor apoderado:

"La sentencia que declara nula las obligaciones del señor Martínez a favor del Banco del Sur, viola las disposiciones citadas (artículos 1508, 1510 y 1511 del Código Civil), por cuanto declara una nulidad que no está reconocida ni autorizada por la ley, y por cuanto eleva el error de cuenta a la categoría de vicio de consentimiento, cuando tal error no lo constituye. Y viola también los artículos 1740 y 1743 del Código Civil y 15 de la Ley 95 de 1890, que establecen cuáles son las causales de nulidad de los actos o contratos, tanto por violación directa como por errónea interpretación e indebida aplicación al caso del pleito, puesto que reconoce y declara una nulidad que no existe confome a la ley, y reconoce y admite como causal de nulidad algunas que la ley no ha establecido como tales; y por cuanto admite y declara una nulidad en favor de quien celebró el contrato que se considera nulo, y a petición suya, lo que está expresamente prohibido por la ley. La nulidad no favorece al que, a sabiendas, celebró el acto o contrato nulo."

Acusa, igualmente, la transgresión del artículo 1524, porque el Tribunal consideró que él sirve de fundamento para declarar la nulidad por falta de causa, y porque admitió que tal precepto permite, cuando falta la causa, pedir la nulidad absoluta por el que ha celebrado el acto, confundiendo la inexistencia de la obligación por carencia de causa con la nulidad de la misma, "cosas que son sustancialmente distintas, y que, por lo tanto, dan lugar a acciones completamente diversas."

La Corte observa que el Tribunal estimó que la obligación contraída por Martínez en los dos documentos de veintidós de octubre de mil novecientos veinticinco, carecía de causa y la declaró nula, exponiendo, entre otros fundamentos, éste:

"Y no se diga que la nulidad absoluta no puede alegarla quien dio lugar a ella; pues en el caso de falta de causa hay algo más hondo que una nulidad: es la inexisten-

cia de una relación jurídica, por más que en nuestro derecho no se encuentra la nomenclatura correspondiente a esta categoría de hechos, que bien pudieran llamarse negativos...."

La nulidad de las obligaciones fue demandada, no por carencia de causa, sino por haber sufrido el señor Martínez, al suscribirlas, un grave error, y por esto no hay lugar a examinar si en la sentencia hubo violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y de las otras disposiciones referentes a la nulidad absoluta.

Desde el punto de vista del error, ha de advertirse que éste fue en el monto de la cuenta, el cual estaba sujeto a más o menos y no da motivo a la nulidad, sino a la rectificación de tal cuenta. Luego el sentenciador quebrantó los citados artículos 1510 y 1511, al elevar—como dice el impugnador—el error de cuenta a la categoría de vicio del consentimiento. De aquí que se deba casar esta parte de la sentencia.

Para resolver en instancia, se considera lo siguiente:

Respecto de la obligación contenida en los documentos, el Juez resolvió que no es nula, "quedando—eso sí—sujeta a la revisión de las cuentas de que trata el punto anterior."

La Corte confirma la decisión del Juez, en lo tocante a no ser nula la obligación, pero suprime lo relativo a que queda sujeta a la revisión de la cuenta corriente.

Esto porque la obligación de los documentos tiene por causa el mutuo, según se expresa en éstos, lo que quiere decir que las partes tuvieron a bien terminar el contrato de cuenta corriente, sentido que se confirma con la declaración hecha por Martínez en ambos documentos y que dice:

".... Se aclara que el pago se hará en favor del Liquidador del Banco del Sur, y que en esta fecha queda cortada la cuenta corriente que Martínez tenía en dicho Banco...."

Si la cuenta corriente quedó terminada por esa declaración de las partes y el señor Martínez se declaró deudor de las sumas que rezan los documentos por razón del mutuo, la obligación proveniente de esos contratos no puede quedar sometida a la revisión de la cuenta corriente, por más que aquella obligación haya tenido relación remota con dicha cuenta, pues es sabido que el mutuo es un contrato en que el mutuario se hace dueño del dinero que a tal título recibe, obligándose solamente a restituírlo con la remuneración convenida; al paso que en la cuenta corriente el saldo de ella pertenece a la persona en cuyo favor se determine, que en este caso sería el Banco, es decir, persona distinta del mutuario.

La Corte introduce, pues, tal reforma a la decisión del Juez por esa razón y porque el apoderado del Banco interpuso también apelación contra el fallo de primer grado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia a que se refiere el presente recurso, o sea en cuanto resolvió que son nulas las obligaciones declaradas por Delfín Martínez en los documentos de veintidós de octubre de mil novecientos veinticinco, por valor de tres mil pesos y de mil ochocientos setenta y dos pesos con veinte centavos, y en su lugar resuelve:

Refórmase el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia proferida en este juicio por el Juez 2º del Circuito de Pasto el diez y siete de febrero de mil novecientos veintiocho, el cual queda así:

'No es nula la obligación declarada por el demandante, según los documentos de veintidós de octubre de mil novecientos veinticinco, por tres mil pesos ($ 3,000) oro el uno, y por mil ochocientos setenta y dos pesos con veinte centavos ($ 1,872-20) el otro."

De la sentencia del Tribunal permanece vigente la parte que "confirma el punto primero de la sentencia apelada," y la que dice "Costas comunes." Sin costas en el presente recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.**—El Conjuez, **Manuel Casabianca. Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

de los señores Magistrados doctores Tancredo Nannetti, Juan E. Martínez y José Miguel Arango.

De acuerdo con los otros señores Magistrados en la parte relativa a la casación, disentimos en cuanto a la decisión de instancia. De aquí la intervención del señor Conjuez.

A nuestro modo de ver, al ser casada la sentencia del Tribunal en la parte que declara nula la obligación contenida en los documentos privados de veintidós de octubre de mil novecientos veinticinco, ha debido restablecerse en toda su extensión el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia del Juez, así concebido:

"No es nula la obligación declarada por el demandante, según los documentos del veintidós de octubre de mil novecientos veinticinco, por tres mil pesos oro el uno, y por mil ochocientos setenta y dos pesos con veinte centavos oro el otro, quedando—eso sí— sujeta a la revisión de las cuentas de que trata el punto anterior."

No es ciertamente nula la obligación; pero estimamos que sí ha quedado sometida a los resultados de la ordenada revisión de la cuenta corriente. Esto porque los documentos firmados por el demandante provienen del arreglo privado de su cuenta con el Banco, y en el fondo tienen la misma causa que ella, como lo da a entender inequívocamente este paso de la contestación de la demanda:

"La antigua cuenta corriente del señor Delfín Martínez quedó arreglada definitivamente, cortada y cancelada, después de transadas todas las discrepancias, en conferencias previas, con un saldo débito en contra del señor Martínez, por la cantidad líquida de cuatro mil ochocientos setenta y dos pesos con veinte centavos oro legal, según los documentos de veintidós de octubre de mil novecientos veinticinco."

Aunque en los referidos documentos se habla de mutuo, no es dable apreciarlos con prescindencia de sus antecedentes inmediatos, acreditados en el proceso; y si según tales antecedentes, aquéllos se suscribieron para hacer constar el saldo de la cuenta corriente, creemos que la revisión de ésta, ordenada como se halla, tiene que influír precisamente sobre el saldo. No es remota, como se expresa en la sentencia, la relación entre el saldo a que se obligó Martínez en calidad de mutuo y la cuenta corriente, sino próxima y directa: sin el corte de ésta (que ahora va a rectificarse), esos documentos seguramente no se habrían otorgado.

El demandante solicitó se declarase nula la obligación consignada en los documentos, y el Juez no accedió a la nulidad, pero sí agregó, como se ha visto, que ella queda sujeta a la revisión de la cuenta corriente. Esta determinación encuentra apoyo en la disposición del artículo 273 del Código Judicial: quiere decir que, como el señor Martínez pidió más de lo que se le debía, o sea la declaración de nulidad, el sentenciador solamente lo declaró con derecho a aquello que probó, o sea que la revisión de la cuenta corriente influye en los saldos de los documentos.

En los términos anteriores, dejamos respetuosamente salvados nuestros votos.

Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos treinta.

Tancredo Nannetti—Juan E. Martínez—José Miguel Arango—Jiménez—Méndez—Tafur A.—El Conjuez, **Casabianca—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Jiménez).

Vistos:

El Tribunal Superior de Popayán concedió a Henry Eder el recurso de casación que éste interpuso contra el fallo de segunda instancia proferido por dicha Superioridad el veintiocho de febrero del corriente año, en el juicio civil ordinario promovido por el mismo recurrente contra Roberto Bravo. Remitido el expediente, fue recibido en la Corte el nueve de julio del año en curso, sin el papel necesario para darle curso, y habiendo transcurrido más de sesenta días sin que el recurrente cumpliera el deber de suministrar dicho papel, el negocio fue repartido en papel común, con el solo objeto de designar al Magistrado a quien correspondiera hacer el examen del asunto y proponer a la Sala la providencia a que hubiera lugar; y hallándose, como se halla, en el caso que contempla el artículo 122 de la Ley 105 de 1890, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto el presente recurso de casación y ejecutoriada la sentencia recurrida.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

En el juicio ejecutivo que adelantaba Eladio Ochoa contra Domingo del mismo apellido, Emilia Villa de González, Francisco, Ramón Emilio, Miguel Antonio, Micaela y Ana Ascensión González, establecieron tercería excluyente por medio de apoderado, para que se hicieran estas declaraciones:

"a) Que mis poderdantes tienen mejor derecho que el demandante, el demandado y los demás opositores al lote de terreno deslindado y definido en el numeral 4º de esta demanda, y que es el mismo que figura embargado en el ejecutivo de Eladio contra Domnigo A. Ochoa.

"b) Que el demandante y el demandado en el juicio ejecutivo en que esta tercería excluyente propongo e introduzco, y que figurań aquí como demandados, y a quienes tengo por tales, se oponen a esta demanda y persisten en el juicio ejecutivo, como temeridad, se les condene al pago de las costas del juicio y a los perjuicios que con sus acciones han causado, así como con sus omisiones, a quienes represento y en cuyo nombre hablo.

"c) Que, de consiguiente, se ordene el desembargo del lote de terreno que figura como embargado en el ejecutivo, pues no es de propiedad del demandado sino de mis poderdantes.

"La tercería excluyente versa sobre un lote de terreno situado en el paraje de **Llanadas,** del Distrito de Salgar, comprendido por los siguientes linderos:

'De un mojón que hay en la raíz de un lance blanco, en travesía y en línea recta, hasta encontrar linderos de la propiedad de los herederos del finado Marco Sánchez; de aquí para arriba, en línea recta, hasta un mojón que hay en la raíz de un caunce; de aquí, por un alambrado para arriba, hasta donde termina en una puerta de golpe; de aquí, por una chamba abajo, y lindando en el trayecto con propiedad del finado Rafael Henao, hasta el desemboque de dicha chamba en la quebrada **Maravilla;** por ésta para abajo, hasta donde desagua una quebrada sin nombre, que baja de la casa que habita el otorgante Ramón González; por esta última quebrada, para arriba, hasta un mojón que hay en la margen izquierda y en lindero con lote que en la partición correspondió a Indalecio Villa; de aquí, dejando la quebrada y siguiendo para arriba, en línea recta, hasta un mojón que hay en un filito, y de aquí, en línea recta, hasta un mojón, punto de partida.' "

El Juez absolvió a los demandados, y el Tribunal de Medellín revocó el fallo y decidió:

"Declárase que los terceristas tienen mejor derecho que el ejecutante y el ejecutado al dominio de la finca embargada y de que se ha hecho mérito en el cuerpo de esta providencia. Dése la orden de desembargo. No es el caso de condenar a Eladio y a Domingo Ochoa a pagar a los terceristas los perjuicios que les han causado, ni a pagarles las costas de la tercería."

Los demandados recurrieron en casación, y como el recurso prospera, se estudia.

Se acusa el fallo en primer término, por la segunda causal de casación, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de las partes oportunamente alegadas en estos términos:

"2º Según la sentencia, en aquel remate 'hubo venta de cosa ajena (741, 752 y 753),' por cuanto el juicio se siguió contra un extraño (Villa), en vez de haberlo sido contra González. (Véase el punto 1º de la parte expositiva de la sentencia).

"3º Si la tercería planteó la exclusión, afirmando que Domingo A. Ochoa no remató la parte de González sino la de Villa, no se trata de venta de cosa ajena, según la tercería, pues remató lo del ejecutado y no lo de González. Si la sentencia afirma que hubo venta de cosa ajena, fue porque en su sentir, Domingo A. Ochoa remató la mitad de González y no la de Villa, ejecutado.

"4º Y si la tercería basó la demanda en el hecho de que Ochoa remató lo de Villa, y el Tribunal basó la sentencia en el de que Ochoa remató lo de González, concurre aquí la segunda causal de casación, de las mencionadas en el

artículo 2º de la Ley 169 de 1896, por no hallarse la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; pues se resolvió sobre un punto que no fue objeto de la controversia: el de que hubiese habido venta de cosa ajena."

Quizás pudo el sentenciador, para llegar a la conclusión a que llegó, invocar en la parte motiva del fallo fundamentos errados; pero es lo cierto que libró el pleito a favor de los terceristas, haciendo las declaraciones pedidas en la demanda, tales como se habían solicitado, fallo cónsono con el querer de los demandantes.

Ahora, si en los considerandos del fallo hubiere, como lo cree el recurrente, erradas apreciaciones sobre los hechos y el derecho, no es la segunda causal el medio para enmendar ese agravio.

Para el recurrente, el fallador violó los artículos 779 y 2442 del Código Civil.

Estas las razones de su acusación, resumiendo ambas acusaciones:

"..... 13. Siendo esto así, como lo es sin duda, Domingo A. Ochoa remató la parte que correspondía a González, y si remató esta parte, ella no podía ni puede referirse al lote que correspondió a Villa, sino al que tocó a González. Y según el artículo 779, inciso 2º, los derechos reales con que se gravan los bienes raíces en comunidad, continúan después de la división sobre la parte que corresponda a quien constituyó el gravamen; y si de acuerdo con el 2442, la hipoteca subsiste sobre los bienes que correspondan a quien hipotecó su cuota, no hay duda de que Domingo A. Ochoa no pudo rematar otra cosa que la que correspondía a González.

"14. La doctrina de los artículos 779 y 2442 citados tiene su aplicación desde el momento en que cesa la indivisión. Verificada ésta, el gravamen pesa sobre los bienes que a virtud de la división correspondan a quien hubiese gravado la totalidad de los mismos. Tal situación legal no puede alterarse sino en la forma que indica el inciso 2º del mismo artículo 2442, es decir, por el consentimiento expreso de los demás antiguos partícipes, manifestado por escritura pública. De esta suerte, para que la parte de Villa hubiese quedado obligada a responder por el crédito que adquirió Domingo A. Ochoa, era indispensable el consentimiento del mismo, consignado en instrumento público. En el caso presente no sólo no aparece el consentimiento en dicha forma, ni en ninguna, ni presentó bienes propios, ni su parte en el inmueble, sino todo lo contrario, la parte del otro.

"15. De aquí que cuando el Tribunal dice al punto 2º de la parte expositiva que no es aceptable el razonamiento del Juez de primera instancia 'porque lo que remató Domingo A. Ochoa fue la mitad de la finca de que trata la escritura número 534, de treinta de diciembre de mil novecientos diez y ocho, y habiéndose dividido la finca por partición entre Ramón González e Indalecio Villa, por escritura número 67, de trece de junio de mil novecientos veinte, **quedó incierta la cosa rematada**; pues habiéndose seguido el juicio ejecutivo contra Indalecio Villa, y pudiendo cualquiera pagar deudas, podría decirse que la mitad de la finca rematada fue el lote de terreno que en la partición le correspondió a Villa," se hubiese incurrido en una manifiesta y directa violación de los artículos 779 y 2442 del Código Civil, en cuanto, según estos preceptos, el gravamen impuesto subsiste sobre la parte que haya correspondido al comunero que lo impuso sobre la totalidad del bien.

"16. Sostener, como lo hace el Tribunal, que el remate que hizo Domingo A. Ochoa fue de cosa perteneciente a Villa, o de cosa incierta, es desconocer la doctrina establecida por las disposiciones citadas. Si el gravamen continúa sobre la parte que corresponde al copartícipe en la división de los bienes, esa parte no puede ser otra que la que tocó al comunero, ni el remate que de la misma se haga puede referirse a una cosa incierta.

"17. Al sostener el Tribunal que Ochoa remató la parte de Villa, o una cosa incierta, concluyó forzosamente que la parte de González se halla intacta, por lo cual procede, a juicio de la misma entidad, la exclusión pedida. Por lo tanto, entre aquella tesis—con la cual se violan directamente los artículos 779 y 2442 del Código Civil—y lo resuelto en la sentencia, hay relación íntima, siendo, por lo demás, de carácter sustantivo las expresadas disposiciones."

No desconoció el sentenciador los preceptos de los artículos invocados por el recurrente en el fallo que se revisa, y para demostrarlo, basta citar las razones del fallador, para desatar la tercería a favor de los demandantes:

"El señor Juez se fundó, para dictar sentencia en contra de las pretensiones de los terceristas, en que habiéndose constituído comprador Pedro González, causante de los terceristas, de Ramón A. González, quien cedió el crédito a Domingo A. Ochoa, adquirió Ochoa el inmueble por remate que verificó ante el Juzgado 1º del Circuito de Andes, el once de octubre de mil novecientos veintiuno. Dice el señor Juez 4º que aunque el juicio ejecutivo en que se hizo el remate se siguió no contra González ni sus herederos, sino contra Indalecio Villa, indicándolo como **tenedor** del bien hipotecado, es lo cierto que a virtud del remate quedaron sin derecho alguno los terceristas.

"No acepta el Tribunal el razonamiento del señor Juez, por las siguientes razones:

"1ª Porque el remate se hizo en un juicio ejecutivo seguido contra un extraño, que lo fue Indalecio Villa, y ese juicio no perjudicó a González, si vivía, ni a sus herederos, si González había muerto. Inútil decir que Indalecio Villa fue designado poseedor del bien que se iba a rematar, porque en el remate, el Juez es el representante del ejecutado, que lo fue Indalecio Villa, y éste no podía transmitir la propiedad del finado González o de sus herederos. Hubo venta de cosa ajena (artículos 741, 752 y 753).

"2ª Porque lo que remató Domingo Ochoa fue la mitad de la finca de que trata la escritura número 534, de treinta de diciembre de mil novecientos diez y ocho, y habiéndose dividido la finca, por partición, entre Ramón González e Indalecio Villa, por escritura número 67, de trece de junio de mil novecientos veinte, quedó incierta la cosa rematada; pues habiéndose seguido el juicio ejecutivo contra Indalecio Villa, y pudiendo pagar deudas ajenas, podría decirse que la mitad de la finca rematada fue el lote de terreno que en la partición le correspondió a Villa; como podría también decirse, y es lo que Ochoa sostiene, que aunque en realidad el remate se hizo en juicio ejecutivo contra Indalecio Villa, como se trataba de una deuda de Ramón González o de sus herederos, el remate vino a quedar gravitando sobre el lote que en la partición se le adjudicó a González. De aquí que la cosa rematada quedase incierta.

"En otros términos: al dividirse la finca entre los comuneros en mil novecientos veinte, cada uno de los comuneros se reputó, de derecho, dueño de la parte de finca que por división le cupo, retroactivamente, y por todo el tiempo que duró la indivisión (artículo 779). La hipote-

ca sobre la cuota de González quedó gravitando sobre el lote de terreno que en la partición le correspondió (artículo 2442), y de esta manera la finca de González quedó cargando sola con la hipoteca. Por tanto, si Domingo Ochoa, como acreedor hipotecario, designó a Villa como poseedor de la finca que pertenecía a González o a los herederos de éste, al seguir la ejecución en mil novecientos veintiuno, designó como poseedor a quien no lo era. Villa no era poseedor de la finca de González, no la poseía por sí mismo: **si la administraba, era tenedor.** Si, pues, Domingo Ochoa remató la finca de González (o de sus herederos) en juicio que entabló contra un extraño, que lo fue Villa, rematando la mitad de la finca que en otro tiempo poseyeron proindiviso González y Villa, remató cosa incierta; pues si Ochoa sostiene que no remató la mitad de la finca de Villa, a pesar de haber seguido contra éste la ejecución, puesto que Villa nada le debía, no puede tampoco sostener que lo que remató fue la mitad de la finca que en otro tiempo fue de González, porque no siguió el juicio contra González, que era el poseedor, (o sus herederos), sino contra un extraño, que lo fue Villa. Ni siquiera puede alegar Ochoa la indivisibilidad de la hipoteca, porque la hipoteca no afectó la finca, sino que sólo afectaba la cuota de González, sin poderse extender a la cuota de Villa (artículo 2442)."

Como se ve, conceptuó el sentenciador que el remate se había hecho en un juicio seguido contra un extraño, juicio que no podía perjudicar a González ni a sus herederos, si éste había muerto, concepto a que el recurrente no hace reparo alguno, siendo como es, basamento primordial de la sentencia.

Obsérvese igualmente que el Tribunal acató los preceptos citados por el recurrente; pues expresamente reconoció que al dividirse la finca, cada uno de los comuneros se reputó dueño exclusivo de lo que le cupo en la división, retroactivamente, y declaró igualmente que sobre la cuota de González quedó gravitando la hipoteca en la parte del lote que le correspondió a éste.

Para entender mejor el asunto, precisa rememorar estos hechos:

"1° **Año de mil novecientos diez y ocho, treinta de diciembre**—Por escritura 534, de Concordia, José Sánchez vendió a Pedro González e Indalecio Villa un lote de terreno.

"2° **Año de mil novecientos diez y nueve, agosto diez y siete**—En escritura 431, otorgada también en Concordia, Pedro González vendió a Ramón González, y en la misma escritura constituyó hipoteca sobre el derecho comprado a favor de su vendedor, para responderle por parte del precio. Quedó así sobre el terreno una comunidad de Indalecio Villa y Ramón González, con iguales derechos y gravado el del último con hipoteca.

"3° **Año de mil novecientos veinte, trece de junio**—Villa y González terminan por división amigable y particular la comunidad, en los términos de la escritura 67, otorgada en Salgar. No se habló en ese instrumento sobre el gravamen del derecho de Ramón González.

"4° **Año de mil novecientos veintiuno, enero veintiuno.** Domingo A. Ochoa, como cesionario del crédito constituído a favor de Pedro González por la escritura 431 de mil novecientos diez y nueve, inicia juicio con acción real hipotecaria sobre el bien afecto al pago, que lo era la mitad de la finca perteneciente a Ramón, e indica como poseedor, para seguir el jucio, a Indalecio Villa; remata a cuenta del crédito lo hipotecado.

"5° **Año de mil novecientos veintiuno, octubre diez**—En la Oficina de Registro de Andes se inscribe la diligencia de remate verificado, a que alude el numeral precedente. El derecho hipotecado por Ramón González fue rematado por Domingo A. Ochoa.

"6° **Año de mil novecientos veinticinco**—La cónyuge y herederos de Ramón González reciben hijuelas del terreno que cupo a su causante en la división con Villa.

"7° El veintiuno de abril de mil novecientos veinticinco, Eladio Ochoa demandó a mi poderdante para el cobro ejecutivo de una suma de pesos, denunciando para el pago la mitad de la finca que el demandado había rematado al cobrar, como cesionario y en acción real, el crédito constituído por Ramón González; determinó el derecho de González por sus linderos, de acuerdo con la escritura de partición entre González y Villa."

Si en mil novecientos veinte Villa y González dividieron amistosametne el terreno que le compraron a Sánchez, ha debido Domingo A. Ochoa dirigir el juicio ejecutivo contra González, y perseguir la hipoteca sobre el lote de terreno que le correspondió a éste, que era el que estaba hipotecado, para responder por la deuda que González había contraído con Pedro González, y que éste cedió a Domingo Ochoa, cosa que no se hizo, sino que se indicó como poseedor a Villa, y con él se siguió el juicio, no siendo Villa poseedor, porque a la fecha del jucio, González ya era poseedor inscrito a virtud de la división amigable del terreno entre éste y Villa, de suerte que el juicio se siguió contra persona distinta del deudor hipotecario.

Además, lo que se señaló como hipotecado fue la mitad de la finca de Villa y González, sin determinar porción alguna, siendo así que, cuando se instauró el juicio ejecutivo, ya estaba partida la finca por escritura pública, y lo que se remató en ese juicio fue esa mitad, de suerte que hoy no se sabe si esa mitad fue la de González o la de Villa.

De esta historia puede concluírse con el Tribunal, que lo que se remató fue una cosa incierta, en juicio seguido contra una persona distinta del deudor, y que no era ni poseedor para efectos de la acción hipotecaria.

La última acusación es por error de hecho en la apreciación de las pruebas, y se hace consistir en que el sentenciador no paró mientes en la notificación del auto ejecutivo a Villa; pues allí dijo éste que no tenía dinero para el pago, y que presentaba el bien hipotecado; pues si lo hubiera tenido en cuenta, no hubiera dicho que Villa había pagado por González, ya que cualquiera puede pagar por otro.

Bien pudo el fallador incidir en el error apuntado por el recurrente, pero así y todo, el fallo se sostiene por las otras razones, no infirmadas en casación, entre las cuales se destaca la de que el juicio se siguió contra una persona extraña y distinta del deudor, juicio que no le puede perjudicar a éste.

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

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha seis de septiembre de mil novecientos veintisiete.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de agosto último.

En Bogotá, a primero de septiembre de mil novecientos treinta y dos, se presentó en la Secretaría de la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de agosto último.

Examinados los libros que se llevan en la oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	119
Entrados en el mes	22
Total	141

Estos negocios se hallan:

Abandonados por las partes	18
Devueltos a los Tribunales	16
En comisión	10
Archivados	8
En poder del Procurador	17
Con proyecto	11
Al estudio	3
En traslado a particulares	1
En actuación	57
Total	141

De este total se deducen 16 devueltos a los Tribunales y 8 archivados	24
Quedan pendientes	117

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 4 sentencias y 7 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor Cárdenas, 7; el doctor González Torres, 5; el doctor Trujillo Arroyo, 8.

Se ordenó reclamar los siguientes sumarios enviados en comisión: el instaurado contra los miembros del Consejo Electoral de Cundinamarca, al Juez 3º Superior de Bogotá; el instaurado contra los Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena, al Alcalde de dicha ciudad; el instaurado contra algunos empleados de la Comisaría del Caquetá, al Tribunal de Neiva; y un despacho librado en un sumario contra Ricardo Cadavid Jaramillo, al Juez Municipal de Santiago (Putumayo).

Sin observaciones y sin haber encontrado demoras en el Despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, **Ignacio González Torres**—El Secretario, **Maximiliano Galvis R.**

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Roberto Vásquez Ortiz, quien está cumpliendo la pena de veintiún años de presidio por el delito de homicidio cometido en la persona de Rómulo Arce Escobar, según sentencias de primera y segunda instancia, de fechas noviembre veintidós de mil novecientos veintitrés y abril veintitrés de mil novecientos veinticuatro, respectivamente, ha demandado la revisión del proceso que con tal fin se le siguió.

A su demanda acompañó, entre otros documentos, las mencionadas sentencias, unas declaraciones extrajudiciales de varias personas, las cuales hablan de que el padre del peticionario fue un beodo, que una hermana padece de enajenación mental, y que su abuelo materno, José Ortiz, fue también un enfermo de la mente. Acompañó también un concepto de los médicos legistas de Popayán, en el cual se expresa lo siguiente:

"Informamos a usted que de conformidad con lo solicitado por esa Alcaldía, hemos examinado a Roberto Vásquez Ortiz en muchas ocasiones, y que del examen que hemos hecho en él, hemos llegado al convencimiento de que se trata de un individuo epiléptico, con antecedentes familiares alcohólicos y demenciales precisos. Por causa de su enfermedad es un individuo de un temperamento irritable e impulsivo. Como sufre con mucha frecuencia de los ataques, no es posible determinar el verdadero tiempo lúcido que pueda mediar entre uno y otro ataque. Dados sus antecedentes, sus ataques epilépticos, su irritabilidad, su tendencia impulsiva, es indudable que cuando se cometió el hecho delictuoso por el cual se le ha hecho responsable, en nuestro concepto, debió excluírse, al menos, la premeditación, por tratarse, como se ha dicho, de un enfermo del sistema nervioso, cuya responsabilidad está definida por la medicina legal."

Basado en esa documentación, e invocando la Ley 33 de 1909, aun cuando sin mencionar causal ninguna, solicita el recurso de revisión.

Para resolver, se considera:

Entre las causales de revisión, se encuentra consignada la siguiente en el numeral 5º del artículo 1º de esa Ley:

"Cuando después de una condenación llegue a producirse o revelarse un hecho nuevo, o se presenten documentos o comprobantes no conocidos al tiempo de los debates, capaces de establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o cuando se presenten indicios graves sobre esa inocencia o irresponsabilidad."

Basta la lectura del concepto médicolegal que se ha transcrito, para deducir que por lo menos surgen indicios acerca de la irresponsabilidad de Vásquez en el delito por el cual fue juzgado y condenado.

El ordinal 5º transcrito, autoriza la revisión, no sólo cuando se presenten indicios graves acerca de la inocencia, sino también sobre la irresponsabilidad; entre esas dos situaciones hay diferencia: la primera se refiere al caso en que el sindicado no haya cometido el hecho por que fue condenado, y el segundo se refiere a aquellos casos en que, a pesar de haber ejecutado materialmente el hecho, sin embargo no puede considerársele como responsable penalmente, dentro de los principios que infor-

man nuestra actual legislación, por tener algún vicio de la mente el agente que lo haya ejecutado.

Es innecesario en esta ocasión estudiar las mayores o menores alteraciones psíquicas de que puedan ser víctimas los epilépticos; basta por el momento tener en cuenta las discusiones de carácter científico que se han suscitado en los últimos tiempos, acerca de la mayor o menor responsabilidad o irresponsabilidad de esa clase de enfermos en relación con los delitos que cometan, y basta tener en cuenta que la misma ley ordena la revisión cuando surjan los indicios de que se ha hablado, para que se resuelva favorablemente la demanda.

Y se dice que en esta ocasión es innecesario, y hasta inoportuno, el estudio completo acerca de las distintas clases de epilepsia y de sus consecuencias en relación con la voluntad y la razón, relacionado todo con la ausencia o con la mayor o menor responsabilidad penal, porque son o deberán ser esas cuestiones materia de debate, en virtud de la revisión, y sobre lo cual nada concreto y definitivo podría adelantar la Corte, con el fin de evitar un prejuzgamiento, y para no restarle a la nueva discusión y análisis toda la amplitud que debe tener.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

Decrétase la revisión demandada por Roberto Vásquez Ortiz, y, en consecuencia, se dispone enviar la presente actuación al repartimiento de los Jueces Superiores del Distrito Judicial de Cali, para que allí, pidiendo previamente al Juez respectivo el proceso seguido contra Vásquez Ortiz por el delito de que se trata, se le dé el curso legal que le corresponda.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y cúmplase.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Por auto del veinticuatro de marzo de mil novecientos veintiocho, el Juzgado 1º Superior de Bogotá abrió juicio criminal contra José Antonio Vásquez o Barragán, por homicidio y robo en la persona de José Angel Ramírez, providencia que el Tribunal Superior confirmó el día veintiocho de junio siguiente.

El veredicto del primer Jurado que intervino en la causa, lo declaró notoriamente injusto el Tribunal en su proveído del seis de mayo de mil novecientos veintinueve (folio 6º, cuaderno 4), y habiéndose reunido, en consecuencia, un nuevo Jurado, profirió su veredicto sobre el siguiente interrogatorio, como se transcribe:

"¿El acusado José Antonio Vásquez o Barragán es responsable, sí o nó, de haber dado muerte voluntariamente, previa deliberación o resolución, a José Angel Ramírez, por medio de disparo de arma de fuego (escopeta); hecho ocurrido en las horas de la tarde del día cuatro de septiembre de mil novecientos veintisiete, en el punto denominado **Algodonal**, sobre la carretera de Cambao, jurisdicción municipal de San Juan de Rioseco?"

El Jurado contestó: **"Sí es responsable."**

"El acusado José Antonio Vásquez o Barragán es responsable, sí o nó, de haber ejecutado el hecho que se menciona en la cuestión anterior, con alguna o algunas de las circunstancias siguientes: con previa asechanza, con alevosía o a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada, indefensa o desapercibida a la víctima?"

El Jurado dijo: **"Sí es responsable."**

"El acusado José Antonio Vásquez o Barragán es responsable, sí o nó, de haber tomado o quitado fraudulentamente, con ánimo de apropiársela, y empleando para ello fuerza y violencia contra las personas, la cantidad de cuatrocientos sesenta pesos ($ 460) moneda corriente, de propiedad de José Angel Ramírez, hecho ocurrido en las horas de la tarde del día cuatro de septiembre de mil novecientos veintisiete, en el punto denominado **Algodonal**, sobre la carretera de Cambao, jurisdicción municipal de Rioseco?"

El Jurado contestó: **"Sí es responsable."**

Sobre tales bases, el Juez Superior profirió la sentencia de primera instancia, con fecha cinco de diciembre de mil novecientos veintinueve. En ella se aplicó al procesado la pena de veinte años de presidio por el delito de asesinato, de conformidad con los artículos 598 del Código Penal y B del Acto legislativo número 3 de 1910; y seis años y tres meses de la misma pena, como responsable en segundo grado del delito de robo; pero teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 71 del Código Penal, fijó la pena total en veinticinco años de presidio, y las accesorias de rigor. Este fallo lo confirmó el Tribunal, con fecha siete de marzo del presente año, y el procesado, dentro de la oportunidad legal, interpuso recurso de casación con apoyo de las causales 1ª y 2ª del artículo 3º, Ley 78 de 1923.

Con el propósito de sustentar la causal 1ª, dice el recurrente que la sentencia es injusta, en cuanto se le condenó sin existir la prueba de que trata el artículo 1656 del Código Judicial; que, a su entender, hubo algún vacío en la instrucción sumaria; que el verdadero autor del delito es Esteban Rubio, y, sin embargo, se sobreseyó en su favor; y que el veredicto del Jurado adolece de injusticia notoria. Todo esto se desprende del memorial en que Vásquez o Barragán interpuso el recurso, y de los otros dos escritos que presentó ante la Corte; pero, como allí mismo puede leerse, no se ha planteado en debida forma la cuestión tocante a la causal 1ª, desde luégo que no se señala la ley sustantiva penal violada, y la que debiera aplicarse en su lugar, en sentir del recurrente; ni tampoco se expresa el concepto o motivo jurídico de la violación, esto es, que la demanda no presenta materia para estudio de fondo, y el recurso se halla desierto en lo tocante a esta causal.

En lo que respecta a la segunda, alega el recurrente varios motivos que él estima como constitutivos de vicios de nulidad en lo actuado, y que se verán por separado.

Primeramente dice que al segundo sorteo de Jurados para la nueva celebración del juicio, no concurrió el Fiscal ni el defensor del recurrente; y, en efecto, consta que sucedió así, como puede verse al folio 15 vuelto, cuaderno 4, pero esto no significa que exista vicio de nulidad emanado de allí; pues la ausencia del Fiscal y del defensor nada afecta aquí el proceso, porque tanto el uno como el otro estuvieron en libertad de asistir o nó a la práctica de aquella diligencia, ya que en la debida opor-

tunidad se les notificó personalmente el auto en que se señalaba día y hora para el sorteo de Jurados. Además de esto, consta que el procesado concurrió e hizo uso del derecho de recusar. Más bien, si no se hubiera llenado el requisito de aquella notificación personal, podría sostenerse la nulidad, con base en el ordinal 1°, artículo 265, de la Ley 57 de 1887.

Dice en seguida la demanda que uno de los miembros del segundo Jurado es tío del Fiscal que actuó en el juicio, lo que en sentir del recurrente, constituye vicio de nulidad. Esta misma cuestión fue materia de un incidente dentro del juicio, en cuyo término de prueba se demostró plenamente el parentesco que se alega, pero no el impedimento que se dice existir en aquel miembro del Jurado, y la correlativa nulidad; pues el ordinal 4° del artículo 243 de la Ley 57 de 1887, que trata de los impedimentos, se refiere a que el designado sea ascendiente, descendiente o hermano del Fiscal, y, por lo mismo, allí no se contempla el caso propuesto en la demanda, ni existe, en consecuencia, el vicio que se alega.

También el recurrente Vásquez o Barragán manifiesta que hay nulidades en el proceso, consistentes en ser uno de los Magistrados del Tribunal Superior defensor de Esteban Rubio, sindicado en el proceso, y ser el Secretario del Juzgado Superior primo hermano del occiso; pero estos enunciados que vienen escuetos de fundamentos, que pudieran sustentarlos en alguna forma a la luz de las constancias procesales, hay que declararlos injustificados e insuficientes, por tanto, en el recurso de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que ha sido materia del presente recurso, interpuesto por José Antonio Vásquez o Barragán.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio treinta de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

El Recaudador de Hacienda Nacional de Bogotá hizo, a favor del Tesoro Nacional y a cargo de The Anglo-South American Bank Limited, como cesionario de los derechos y obligaciones de The Commercial Bank of Spanish American Limited, un reconocimiento por valor de seis mil veintinueve pesos catorce centavos ($ 6,029-14) de impuesto sobre la renta, que debió pagar la entidad primeramente nombrada en el segundo semestre de mil novecientos veinticinco y primero de mil novecientos veintiséis, incluyendo un recargo del cinco por ciento (5 por 100), reconocimiento que tiene fecha cuatro de mayo de mil novecientos veintisiete. Con apoyo en este reconocimiento, el mismo Recaudador despachó ejecución contra The Anglo-South American Bank Limited, representado por su Gerente, William Mac Quibban, en el carácter expresado, y por la cantidad ya indicada, más los intereses, al 1 por 100 mensual sobre los impuestos, que comprende el reconocimiento, desde el día en que se hicieron exigibles hasta el día del pago, y por las costas del juicio.

Intimada la ejecución al representante de la parte ejecutada, después de un incidente ante el empleado que despachó la orden de pago, sobre la admisibilidad de la excepción que propuso el ejecutado, el Tribunal de Cundinamarca admitió la excepción de error de cuenta, la sustanció en legal forma, y en fallo de fecha seis de octubre de mil novecientos veintiocho la declaró probada, mandando cesar la ejecución, con el consiguiente desembargo de bienes. En virtud de apelación que contra dicha providencia interpuso el señor Fiscal del Tribunal, subió el expediente a la Corte, donde se dio al recurso la tramitación de rigor.

Procede, pues, la Sala a dictar el fallo que corresponde.

El representante del ejecutado opuso la excepción de error de cuenta, fundándola en el hecho de que la entidad ejecutada no debe la suma que se le cobra por impuesto sobre la renta, porque The Commercial Bank of Spanish American Limited no obtuvo utilidad alguna, sino pérdida considerable en el segundo semestre de mil novecientos veinticinco y primero de mil novecientos veintiséis, y el impuesto se cobra únicamente sobre las utilidades obtenidas por el respectivo contribuyente; y porque se ha demandado a persona distinta de la obligada a responder, una vez que The Anglo-South American Bank es únicamente cesionario de The Commercial Bank of Spanish American Limited, pero no sucesor universal. Agrega el excepcionante que, no obstante no ser sucesor universal de The Commercial Bank of Spanish American Limited, reconoce las deudas de él. Que en virtud de esos hechos, y de acuerdo con la jurisprudencia sentada por la Corte, debe prosperar la excepción de error de cuenta que se ha alegado.

La Corte ha declarado, ciertamente, que la excepción de error de cuenta consiste no solamente en que estén erradas las partidas y deducciones aritméticas de una cuenta, que en cualquier momento pueden subsanarse, sino en no deber el ejecutado la suma que se le cobra, por no radicar en él la obligación o por estar eximido de ella por algún otro concepto.

En el presente caso, y para demostrar la existencia del error alegado, se pidió el dictamen de peritos contadores, quienes, de modo unánime y razonado, sobre el particular hicieron la siguiente exposición, que la Corte acoge:

Punto primero.

"Examinar el balance consolidado correspondiente al treinta de junio de mil novecientos veintiséis, con el fin de determinar cuál es el saldo de la cuenta de **Pérdidas y ganancias**, o en otras palabras, si hubo o nó utilidades en el período a que se refiere ese balance."

Contestamos:

"El balance consolidado de treinta de junio de mil novecientos veintiséis, presenta en el renglón de **Pérdidas y ganancias**, un saldo **aparente** a favor de esta cuenta, de $ 90,619-20.

Punto segundo.

"Examinar si del saldo han debido deducirse, de acuerdo con las costumbres comerciales y bancarias, y en atención a que los muebles van perdiendo su valor con el uso, y a la existencia de varios créditos perdidos, las partidas que se dedujeron en los conceptos de amortización de muebles y de deudas malas, en la carta de veinti-

dós de diciembre de mil novecientos veintiséis, de la cual presento copia. Los peritos, previa investigación, dictaminarán si, en efecto, estaban perdidas las deudas de P. A. Donado y Jácome Niz & Compañía, de Barranquilla; de Andrade Hermanos, de Bogotá, y de Roberto Bofero Saldarriaga, de Medellín."

Contestamos:

"Sí han debido deducirse y en el tiempo a que hace relación ese balance, el consolidado el treinta de junio de mil novecientos veintiséis, estimamos que podían considerarse como perdidas las deudas relacionadas."

Punto tercero.

"Dictaminar, por último, si en definitiva el Commercial Bank of Spanish American Limited obtuvo o nó utilidades gravables con el impuesto sobre la renta, en el período a que se refiere el aforo en que se funda la ejecución contra The Anglo-South American Bank Limited."

Contestamos:

"No obtuvo utilidades gravables."

. . . . . .

"Examen de la contabilidad.

"Es indudable que el manejo de la contabilidad en el Commercial Bank—Sucursal y Agencias en Colombia—dejó mucho qué desear. Los contadores que la tuvieron a su cuidado no tuvieron en cuenta que los préstamos hechos por la Casa matriz, con el objeto de sanear el activo, han debido incluírse en el pasivo y en cuenta especial, pero no entre el pasivo inmediatamente exigible, y cuenta que ha debido ir amortizándose a medida que las utilidades fueran cancelando cantidades correspondientes a deudas consideradas completamente perdidas en el momento de hacer cada liquidación semestral o anual.

"Previas constancias en correspondencia (anexo A) y en los libros respectivos, sacaron con cargo a la Casa matriz deudas dudosas, por una suma en dólares de $ 387,632-78, que les fue acreditada en New York, pero, en cambio, en la Casa de Londres les fue cargado el equivalente en libras esterlinas (£ 87,304-13-7).

"Asímismo, dichas deudas dudosas han debido seguir figurando en el activo de los balances en renglón correspondiente e independiente del activo sano, tal como los presentan hoy día todos los bancos en los modelos que suministra la Superintendencia Bancaria, y no haberlas eliminado sino en la forma atrás indicada.

"Examen de los balances.

"Hemos examinado detenidamente los sesenta balances, correspondientes a los doce meses de julio de mil novecientos veinticinco a junio de mil novecientos veintiséis, relativos a los ejercicios de Bogotá y de las dependencias de Medellín, Cartagena, Barranquilla y Santa Marta, y los doce balances consolidados correspondientes, con el objeto de seguir la trayectoria de las cuentas de **Pérdidas y ganancias, Reservas eventuales y Fondo de reserva.** Dicha trayectoria la puede estudiar el señor Magistrado en los anexos B y C de este informe.

"De la consolidación de todos los balances primeramente relacionados, y que constatamos con los que conserva en su poder la Superintendencia Bancaria, llegamos a producir la misma cifra final que presenta el renglón de **Pérdidas y ganancias,** en el balance consolidado de treinta de junio de mil novecientos veintiséis, salvo la siguiente observación o excepción:

"En el balance de la Sucursal de Cartagena, en 31 de diciembre de 1925, encontramos que la cuenta de **Pérdidas y ganancias,** presentaba a su cargo en el activo $ 6,231-18, y en el pasivo, a su favor, $ 14,378-01, y que también figuraba en el pasivo, y como respaldo para deudas dudosas, la misma cantidad de $ 6,231-18; y en el balance del mes siguiente—31 de enero de 1926—encontramos que esa reserva para deudas dudosas había sido eliminada casi en su totalidad, y el renglón de **Pérdidas y ganancias** rebajado otra vez en $ 6,231-18. Es indudable que aparece un doble cargo para eliminar las deudas perdidas por el monto de $ 6,231-18. En nuestro concepto, esta suma debe agregarse a los $ 90,619-20 que, como utilidad, aparecen en el balance consolidado de 30 de junio de 1926.

"Del renglón de **Reservas eventuales,** gravable por el impuesto, solamente se puede tener en cuenta el excedente sobre la suma inicial que aparezca al principiar un ejercicio; pues de otra suerte se gravaría con el impuesto varias veces una misma utilidad. En consecuencia, y teniendo en mira el caso del Commercial Bank of Spanish American Limited, no se debe considerar como gravable dicho renglón que se inició en 1º de julio de 1925 con la suma de $ 102,282-46 (sobre la cual se pagó o debió pagarse el impuesto), y que, antes bien, disminuyó en el curso del ejercicio a $ 63,727-56.

"Es lógico que si en lugar de disminuír hubiera aumentado, sobre el excedente del aumento se debería pagar el impuesto; pues tal excedente habría constituído una utilidad agregable al renglón de **Pérdidas y ganancias,** siempre y cuando que al incorporar dicho excedente a las utilidades obtenidas, éstas hubieran sobrepasado a las pérdidas líquidas.

"Fondo de reserva.

"El **Fondo de reserva** tenía a su favor el 1º de julio de 1925, $ 26,988-38, cantidad que permaneció igual hasta mayo de 1926; pues en junio de ese mismo año subió a $ 37,054-72, es decir, aumentó en $ 10,066-24, y esta cantidad fue incluída en el bloque de los $ 100,685-54, que The Commercial Bank of Spanish America Limited presentó como utilidad aparente durante el ejercicio comprendido en el lapso de julio de 1925 a junio de 1926.

"Muebles

"Ratificamos nuestro concepto expresado en el punto 2º del capítulo 1º de este dictamen, es decir, conceptuamos que el renglón de **Muebles y útiles** ha debido reducirse al liquidar la cuenta de **Pérdidas y ganancias,** en 30 de junio de 1926. Es regla de sana economía, que está consagrada en todo sistema de contabilidad, y que es norma de la Superintendencia Bancaria, que el capítulo de **Muebles y útiles** debe disminuír, hasta quedar en un valor nominal de **un peso** ($ 1), por el cual deben figurar en el **activo.**

"CAPITULO III

"Conclusiones.

"Para terminar, manifestamos al señor Magistrado, en absoluto acuerdo los tres peritos, las siguientes conclusiones:

"1º Consideramos que hubo un error de contabilidad de The Commercial Bank of Spanish America Limited, en haber sacado de su **Activo** las deudas dudosas, las cuales se han debido ir eliminando en la forma indicada en punto referente al examen de la contabilidad.

"2º Consideramos que también se cometió un error de contabilidad, al no haberle acreditado a la Casa matriz

la suma que ésta facilitó a su Sucursal en Colombia, para sanearle su activo en otro tanto.

"3ª Consideramos, por el estudio de libros y documentos, que si bien se cometieron errores, nunca hubo por parte del Banco mencionado mala fe, ni siquiera remota intención de esquivar el pago del impuesto sobre la renta, correspondiente al ejercicio tántas veces citado.

"4ª Es costumbre comercial y bancaria que las sucursales o agencias de una compañía no pueden liquidar el renglón de **Pérdidas y ganancias,** cancelando deudas malas, disminuyendo el valor del renglón de **Muebles,** etc., etc., sin la autorización de la Casa matriz. En consecuencia, el Commercial Bank of Spanish America Limited procedió correctamente al demorar el informe o declaración de utilidades de 1925 a 1926, hasta que recibió la carta de la Casa matriz, que con el carácter de anexo 'D' se acompaña. Mientras eso no sucedió, forzosamente tuvo que presentar en su renglón de **Pérdidas y ganancias,** un aparente saldo a favor de dicha cuenta.

"5ª Por último, se advierte que en las declaraciones y pagos consecuenciales, anteriores al ejercicio citado, la Junta del impuesto aceptó un procedimiento idéntico al que ha negado ahora, en casos similares al debatido.

"6ª En consecuencia, con lo expuesto en el curso de este informe, ratificamos el punto tercero del capítulo 1º, o sea diciendo que The Commercial Bank of Spanish America Limited no tuvo durante el ejercicio de 1925 a 1926 ninguna utilidad gravable con el impuesto sobre la renta."

Ahora bien: aunque los peritos conceptúan que es indudable que el manejo de la contabilidad del Commercial Bank en las Sucursales y Agencias de Colombia dejó mucho qué desear, siempre concluyen que dicha entidad no tuvo durante el ejercicio de sus operaciones, de 1925 a 1926, ninguna utilidad gravable con el impuesto a la renta. Según su dictamen, lo que parece gravable, o en otros términos, lo que se ha tenido como utilidades, son productos de errores de contabilidad, que, rectificados por la Casa principal, han venido a demostrar la inexistencia de la utilidad que en un principio se tuvo en cuenta en el balance correspondiente. Y aunque es cierto que los tales errores fueron causados por los agentes de la entidad a quien se ha pretendido cobrar, no es lícito al juzgador que, una vez demostrados dichos errores, mediante los recursos legales respectivos, deje de apreciarlos y reconocerlos, si tal demostración es plausible y concluyente, como sucede en el presente caso.

Y, por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia recurrida y que ha sido materia de su revisión.

Cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvanse los autos.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, agosto dos de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

Por sentencia de fecha de veinte de junio de mil novecientos veintinueve, el Tribunal Superior de Cartagena absolvió a la Nación de todos los cargos que se le formularon en demanda ordinaria, suscrita por el señor José María Lozano, como apoderado del señor Frederick W. Robinson, en la cual se pidieron estas declaraciones:

"Primera. Que la Nación se ha apropiado ilegal e inconstitucionalmente, mediante el decomiso respectivo, decretado por el señor Juez de Rentas Nacionales, de una nave que pertenece exclusivamente a mi poderdante, señor Frederick W. Robinson, nave que lleva el nombre de **Jessie Nell,** y cuyo porte, matrícula, capacidad y demás características se hallan individualizados en el primer hecho fundamental de la demanda, y que por obra de tal apropiación ilegal, carece de justo título para poseerla y retenerla.

"Segunda. Que la Nación, como consecuencia de dicha apropiación ilegal e inconstitucional, retiene indebidamente la nombrada nave, que se halla en poder y bajo la custodia del Administrador de la Aduana de este puerto, y debe, por lo mismo, la Nación demandada, restituírla a mi poderdante, como su único dueño que éste es, en el mismo buen estado en que la tomó y decomisó la Nación, con todos sus aparejos y pertrechos, motor, etc., etc., más todos sus frutos civiles, inclusive los que se hubieran podido percibir por mi poderdante, con mediana inteligencia y cuidado; pues el error de derecho en que incurrió el Juez de Rentas primero, y el Tribunal Superior después, constituye presunción de mala fe, en cuanto a la posesión por parte de la Nación, que no admite prueba en contrario.

"Tercera. Que mientras se verifica esta restitución, la Nación está obligada a responder a mi poderdante de todo deterioro o desmejora que sufra la nave, a partir desde el día en que fue aprehendida por el Jefe del Resguardo, así como a resarcirle a mi poderdante los perjuicios que desde entonces está sufriendo, y que, comprendiendo, como comprenden, el daño emergente y el lucro cesante, estimo desde ahora en una suma no menor de veinte mil pesos, no obstante lo cual, estaré y pasaré por la suma en que los peritos avalúen tales perjuicios, durante el término competente del juicio.

"Cuarta. Que la restitución de la nave **Jessie Nell,** efectuada a favor de mi mandante, debe ser hecha dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva respectiva.

"Quinta. Que es nula, de toda nulidad, como violatoria de la Constitución y las leyes, la actuación de primera y la de segunda instancia, a que se sometió el caso por contrabando, sorprendido en la nave **Jessie Nell,** de mi poderdante; y por ende, son absolutamente nulos los fallos de fechas siete de mayo del Juez de Rentas, que decretó el decomiso de la nave, y quince de julio del corriente año, dictado por el Tribunal, y que confirmó el del Juez a quo."

Como motivos de hecho de la demanda, se expusieron los que van en seguida:

"Primero. El buque de vela, y más tarde de motor, que se distingue con el nombre de **Jessie Nell,** de la clase denominada **Yawol,** cuyo número oficial es 132,485, y de cuarenta y una toneladas más cuarenta y nueve centésimos (41,49) de tonelada de registro; buque cuyas dimensiones son: longitud, cuarenta y seis (46) pies; latitud, diez y siete pies y siete décimos (17,7), y profundidad de bodega, siete pies y ocho décimos (7,8), es una nave que adquirió mi poderdante completamente apertrechada, por compra que hizo al señor Doddrige M. Scott, según es-

critura pública doscientos cuarenta y dos (242) de fecha veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos catorce (1914), otorgada en la Notaría única del Circuito de San Andrés, título que, debidamente registrado, presento en cuatro (4) fojas útiles.

"Segundo. Ese buque (que por acá llaman goleta) hizo su viaje a esta ciudad trayendo a su bordo, desde San Andrés y para este puerto, un cargamento de cocos, pero durante su viaje y con absoluta ignorancia de parte de mi poderdante, quien vive en Providencia (Intendencia dicha), a la goleta le metieron unos sacos que resultaron —según ha venido a saber después mi poderdante— whisky y brandy, llegados a este puerto como mercancía de contrabando, pues, según se ha asegurado, esos licores no traían las guías o documentos que amparan su introducción a Cartagena.

"Tercero. Declarados de contrabando el whisky y el brandy, las autoridades de Aduana iniciaron las diligencias sumarias del caso y pasaron el asunto al señor Juez de Rentas, quien después de un trámite sui géneris dado a las sumarias, concluyó con su sentencia fechada el siete (7) de mayo del presente año, cuya parte resolutiva declaró de contrabando el whisky y brandy aprehendido a bordo de la goleta **Jessie Nell** en la mañana del día nueve (9) de marzo del presente año, y de una vez **decomisó** la goleta **Jessie Nell** 'por formar parte del contrabando,' y ordenó su remate en los términos de la ley.

"Cuarto. El mismo señor Juez de Rentas reconoció en el mencionado fallo **'como dueño absoluto de la goleta Jessie Nell,'** al señor **Frederick W. Robinson**, 'para el sólo efecto de lo que dispone la segunda parte del artículo 139 de la Ley 85 de 1915,' y añadió en alguna parte del fallo: 'también es igualmente cierto que el señor Frederick W. Robinson ha comprobado plenamente la propiedad que tiene sobre la goleta **Jessie Nell**; y que de autos **no le resulta** a Robinson **la más ligera** culpabilidad como infractor de las disposiciones legales sobre rentas nacionales.'

"Quinto. El buque (o goleta) **Jessie Nell**, propiedad de mi poderdante, está decomisado, y su venta en remate público fue anunciada por carteles, pregonada en la Administración de Aduana, y si no se consumó la licitación no fue por falta de postores, sino porque el Administrador Tesorero de la Aduana suspendió súbitamente el acto del remate.

"Sexto. El buque o goleta **Jessie Nell**, perteneciente a mi poderdante, lo retiene indebidamente la Nación, por conducto de la Administración de la Aduana de este puerto, y dentro de pocos días volverá a anunciarse su venta con perjuicio evidente y manifiesto para mi poderdante, perjuicio que desde que se llevó a cabo el decomiso sufre mi poderdante, y lo estimo desde ahora en veinte mil pesos, salvo lo que se probare durante el término de pruebas del juicio.

"Séptimo. El fallo que dictó el señor Juez de Rentas Nacionales el día siete (7) de mayo del presente año, fue confirmado por el Tribunal Superior el día quince (15) de julio último, según auto interlocutorio que dictaron en Sala Plural los señores Magistrados doctores Manuel Antonio Pineda C., Manuel Jiménez Altamiranda (suplente del Magistrado doctor Roque Pupo Villa) y Manuel Serrano S.

"Octavo. Una sentencia definitiva, como debe ser y lo es la condenatoria que dictó el señor Juez de Rentas; y condenatoria nada menos que en el sentido de imponer penas igualmente definitivas consistentes en el decomiso, en favor de la Nación, de un cargamento de whisky y brandy, y en la pérdida para mi poderdante, también definitiva, de su derecho de dominio sobre el buque mencionado, dominio que la sentencia hace trasladar **a la Nación** y en favor de ella, es un fallo que el honorable Tribunal confirma mediante el procedimiento que se le da y debe dar a las apelaciones de autos interlocutorios, pues en auto de nueve (9) de mayo de este año, el señor Magistrado ordenó correr en traslado el asunto al Ministerio Público, para oír su concepto, y por el mismo auto mandaba 'fijar en lista' el negocio, todo ello con evidente violación de leyes terminantes y expresas.

"Noveno. Ni en primera ni en segunda instancia se le dio campo alguno a mi poderdante, ni a nadie, para defenderse, pues deliberadamente se negó este derecho, gracia a la tramitación que el señor Juez a quo le dio a las sumarias. Allí no se dictó auto de proceder; allí no se abrió a pruebas la causa; allí no se practicaron pruebas porque ese recurso fue una puerta herméticamente cerrada a los sindicados y a mi poderdante; allí no se señaló día para la celebración de audiencia alguna en que el encausado o interesado alegara en su defensa; y como allí se omitió todo medio que permitiera 'oír para vencer en juicio,' se incurrió en flagrante violación de la Constitución y las leyes, puesto que se fulminó sentencia sobre una base tan errada; y esto, que es un error de derecho, no lo corrigió el honorable Tribunal, sino que reincidió en él mandando fijar en lista el expediente y cerrando de nuevo la puerta a todo medio de defensa.

"Décimo. Toda la actuación, así la de primera como la de segunda instancia, es, por lo tanto, nula, por inconstitucional, ya que a nadie puede juzgársele sin antes oírsele y vencérsele en juicio; y es nula por ilegal, por razones que más adelante expresaré; y siendo nulas, de nulidad absoluta, ambas actuaciones e instancias—la de primera y la de segunda—lo es igualmente el fallo que decretó el decomiso de la goleta **Jessie Nell** y su remate en pública subasta, como si se tratara de un bien de la Nación; y nulo el auto interlocutorio—que debió haber sido definitivo—del honorable Tribunal, por el cual se confirmó el del Juez de Rentas.

"Undécimo. Mi poderdante es dueño de la goleta **Jessie Nell**, y como ninguna participación tuvo en el contrabando, al cual fue ajeno y el cual ignoró, con ignorancia absoluta, invencible y antecedente, continúa siendo dueño de esa nave, no sólo por ser nula toda la actuación de primera y toda la de segunda instancia, sino porque su derecho de dominio no lo ha perdido constitucionalmente, como más tarde lo demostraré, por sólo el hecho de un contrabando que no le es imputable, según lo confiesa el Juez **a quo**, quien al declarar tamaña verdad en su fallo, lo hace en nombre de la Nación y como Juez y parte que fue ésta en el anómalo proceso que sufrió las dos no menos anómalas instancias dichas."

En cuanto al derecho, se apoyó la demanda en los artículos 27, 66, 762, 764, 765, 766, inciso 4º del 768, 772, 774, 946, 947, 950, 952, 961, 964, 969, 1494, 1527 y concordantes del Código Civil; 132 y 139 de la Ley 85 de 1915; 1º y 4º de la Ley 96 de 1914; 870 y capítulo 5º del título X, libro III, del Código Judicial; 26, 32 y 34 de la Constitución Nacional; 5º de la Ley 57 de 1887, y 44 de la Ley 153 del mismo año.

De la demanda se dio traslado al señor Fiscal del Tribunal, quien al contestarla, aceptó algunos de los hechos, negó la mayoría de ellos, y desconoció el derecho del actor.

Llegada la oportunidad legal, el Tribunal pronunció la sentencia absolutoria de que atrás se hizo mérito, y habiendo el demandante interpuesto contra ella el recurso de apelación, subieron los autos a la Corte, donde previa la tramitación de regla, se procede a dictar el fallo de segundo grado.

A dos pueden reducirse las acciones contenidas en las peticiones de la demanda, en relación con los hechos que les sirven de fundamento:

a) La que se encamina a que se declare inconstitucional e ilegal y que en consecuencia no produce efectos legales, el decomiso de la goleta denominada **Jessie Nell**, decretado por el Juzgado de Rentas Nacionales de la Costa Atlántica, en sentencia de siete de mayo de mil novecientos veintisiete, confirmada por el Tribunal Superior de Cartagena.

b) La que tiene por objeto la declaración de nulidad de lo actuado en el juicio a que pusieron fin los fallos expresados, por haberse pretermitido en ellos determinadas formalidades de procedimiento.

El Tribunal a **quo** trata lo referente a la primera de estas acciones de la siguiente manera:

"El actor acompañó con su demanda copia debidamente registrada de la escritura pública número 242, de veintiocho de noviembre de mil novecientos catorce, otorgada ante la Notaría del Circuito de Providencia, correspondiente a la Intendencia Nacional de San Andrés y Providencia, en la cual consta que Simón A. Howard, como apoderado general del señor Doddrige M. Scott, transfiere a Frederick W. Robinson, a título de venta, el derecho que tiene en un buque de vela denominado **Jessie Nell**, de la clase denominada **Yawl**, cuyo número oficial es de ciento treinta y dos mil cuatrocientos ochenta y cinco (132,485), y del porte cuarenta y uno y treinta y nueve ciento (sic) de toneladas de registro (41,39), construído en la isla de Cayman Brac, dependencia de la Gran Bretaña, y registrado el día cinco de marzo de mil novecientos trece, en el puerto de **Montego Bay**, Jamaica, y cuyas dimensiones son las siguientes: longitud, cuarenta y seis (46) pies; latitud, diez y siete y siete décimos (17,7) pies; y profundidad de bodega siete y ocho décimos de pies (7,8); que el precio de la venta es por la suma de cuatrocientas cuarenta libras esterlinas que el vendedor confiesa haber recibido de manos del comprador señor Robinson; y que el buque fue vendido con todas sus maniobras, jarcias, cadenas, botes, anclas, velamen y demás aparejos y enseres propios para su navegación.

"Con este título pretende el señor apoderado de Robinson que se le restituya la goleta **Jessie Nell**, y a ello habría que acceder si no fuera porque hoy la nave que se reclama pertenece a la Nación, de conformidad con las sentencias proferidas primero por el señor Juez de Rentas Nacionales, con fecha siete de mayo de mil novecientos veintisiete, y por el Tribunal, con fecha quince de junio del mismo año, confirmatoria de la primera, en virtud de las cuales se declaró decomisada la dicha nave, por hacer parte del contrabando encontrado a bordo de la misma embarcación, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 85 de 1915, que dice:

'Las caballerías, buques, embarcaciones menores, y todo otro vehículo o efecto, fuera de los que constituyen el contrabando, serán decomisados y puestos en remate, pues de derecho se presume que ellos hacen parte del contrabando. A los terceros que se digan dueños de los vehículos o efectos expresados, les quedará a salvo su derecho para repetir contra los autores, cómplices y encubridores del delito, caso de que no les fuere imputable participación alguna en la comisión de éste.'

"Esta sentencia aparece debidamente registrada, según consta en la certificación o copia del registro que hizo venir a los autos el señor Fiscal segundo de esta corporación, y constituye un título a favor de la Nación para retener, usar, disfrutar y administrar libremente la nave, pues, como se ha visto, en estos casos especiales de contrabando, los terceros que no han tenido participación alguna en la comisión del delito de contrabando, sólo tienen derecho para repetir lo pagado, lo que significa que no pueden recuperar la nave o el vehículo correspondiente, pues la ley no los faculta para ello.

"Antes de la vigencia del artículo 139 citado, cuando estaba en vigor el artículo 1939 del Código Judicial, los terceros que acreditaran sumariamente que los vehículos y demás efectos de su propiedad se les quitaron por fuerza o fraude, o que se aplicaron al contrabando sin su noticia, o sin su consentimiento expreso o tácito, se seguía el respectivo juicio reivindicatorio con el señor Agente del Ministerio Público respectivo.

"Pero en presencia de un precepto tan terminante y claro como lo es el contenido en el artículo 139 de la Ley 85 de 1915, el demandante señor Robinson carece de derecho para intentar la reivindicación en la vía ordinaria, pues claramente la ley ha determinado el derecho que tiene."

En la demanda se alega que el artículo 139 de la Ley 85 de 1915, entendido tal como lo entendieron el Juez de Rentas y el Tribunal Superior de Cartagena, al decretar el decomiso de la nave **Jessie Nell**, es opuesto al artículo 32 de la Constitución, por cuanto esta disposición establece que "en tiempo de paz nadie puede ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena o apremio, o indemnización o contribución general, con arreglo a las leyes"; de donde se deduce, en concepto del demandante, que no apareciendo comprobado que el propietario de la indicada nave, señor Frederick Robinson, hubiera tenido parte alguna en el contrabando que dio origen al decomiso de la embarcación, no se le podía, sin violar la Constitución, privar de la propiedad de ésta.

Se observa:

La disposición del artículo 32 de la Constitución fue reemplazada por la del artículo único del Acto legislativo número 6 de 1905 y restablecida posteriormente con algunas modificaciones de redacción por medio del artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910. De suerte que el artículo 32 de la Constitución, que invoca el actor, no se encuentra vigente. Pero suponiendo que éste hubiera querido referirse al 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, se entra a examinar si este último texto es opuesto al artículo 139 de la Ley 85 de 1915, en cuanto esta disposición autoriza, en caso de contrabando, el decomiso de las caballerías, buques, embarcaciones meno-

res y todo otro vehículo, aun en el caso de que al dueño o dueños de ellos no les sea imputable participación alguna en la comisión del delito.

La citada disposición constitucional estatuye en lo pertinente:

"En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo o en parte, sino por pena o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes."

Puede admitirse desde luégo que al propietario de una embarcación menor sorprendida ejerciendo el contrabando, a quien no se ha demostrado haber tenido participación en el hecho delictuoso, no se le puede aplicar el decomiso de la nave a título de pena, por cuanto toda persona tiene derecho a ser reputada inocente en tanto que no se le demuestre culpabilidad, y al que está amparado con la presunción de inocencia, no se le puede aplicar pena alguna en el sentido estricto del vocablo.

No pudiendo justificarse en el caso de que se trata la privación de la propiedad de la goleta por el concepto riguroso de pena, debe examinarse si otro tanto ocurre desde el punto de vista de la indemnización a que alude también el texto constitucional.

El orden que liga a los hombres en sociedad obliga no solamente a no perjudicar a los demás con nuestras propias acciones, sino también a ejercer vigilancia sobre las personas, sobre los animales y sobre las cosas que dependen de nosotros, y a ser prudentes en la elección de aquellos de quienes queremos servirnos, a fin de que tales personas, animales o cosas no lleguen a ser causa de daño para los demás, ya que uno de los mandatos más imperativos del orden jurídico es el de **neminen lae dere.**

La falta de vigilancia o la mala elección cuando de ellas puede originarse perjuicio a terceros, son verdaderas culpas, pues constituyen otras tantas omisiones en el cumplimiento de los deberes que impone la conveniencia social. Y aun cuando la responsabilidad que de ello se desprende se denomina comúnmente en el lenguaje jurídico responsabilidad de hecho ajeno, si bien se medita el asunto, se advierte fácilmente que hay en estos casos, como lo anotan los expositores de Derecho, una verdadera responsabilidad de hecho propio por culpa **in vigilando,** o por culpa **in eligendo.**

Cuando la dependencia es legal, como en el caso del pupilo respecto del tutor o curador, o del hijo de familia respecto del padre, tiene lugar la obligación de vigilancia solamente, y la presunción de culpa puede ser destruída por la prueba en contrario, o sea por la de haberse ejercido la debida vigilancia. Mas cuando la dependencia es voluntaria, o sea cuando hay libertad en la designación de la persona que debe desempeñar determinadas funciones, media además la culpa **in eligendo** y no se admite por punto general la prueba liberatoria de no haberse podido impedir el mal.

La responsabilidad legal por hecho no propio está fundada, pues, en una presunción legal de culpa **in vigilando** o de culpa **in eligendo.** Y esa responsabilidad se resuelve en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados con el hecho dañoso, por cuanto encontrándose en tales circunstancias enfrentados dos derechos, el de la persona que ha sido lesionada en sus intereses y el de la que ha dado lugar al daño por su culpa **in eligendo** o **in vigilando,** no sería justo que la primera tuviera que sufrir las consecuencias del hecho que ha tenido por causa esa mala elección o esa falta de vigilancia.

Dando aplicación en el caso actual a los anteriores principios, los cuales constituyen hoy la doctrina jurídica en materia de responsabilidad civil por hecho no propio, se tiene que apareciendo comprobado en los autos que el señor Frederick W. Robinson es propietario de la nave **Jessie Nell,** la circunstancia de no estar acreditado que el nombrado Robinson hubiera tenido participación en la perpetración del delito de contrabando, si bien lo exime de responsabilidad penal, no le liberta de la responsabilidad civil que le acarrea el hecho de sus subordinados en el manejo de la nave al introducir al país mercaderías sin el pago de los correspondientes derechos de importación. Media aquí no solamente la culpa proveniente de falta de vigilancia sobre dichos subordinados para evitar que la embarcación se empleara en causar daño a los intereses del Fisco, sino la culpa **in eligendo,** por la mala escogencia de aquéllos, culpa que, según se ha visto, no admite prueba en contrario.

Esto último hace ver que se halla en un todo ajustada al rigor de los principios la presunción de derecho establecida en el artículo 139 de la Ley 85 de 1915, de que las caballerías, buques, embarcaciones menores y todo otro vehículo empleado en el contrabando, hacen parte de éste.

Conclusión de lo que se deja expuesto es que la disposición que se acaba de citar, al ordenar el decomiso de los vehículos que sean sorprendidos ejerciendo el contrabando, aunque al propietario de ellos no le sea imputable participación alguna en la comisión del delito, se amolda en un todo al precepto del artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, puesto que dicho propietario está obligado conforme a los principios que regulan la responsabilidad civil por hecho no propio, a indemnizar al Fisco los perjuicios ocasionados con el hecho delictuoso de sus subordinados, y el caso de indemnización es uno de los que conforme al prenotado texto constitucional autorizan al legislador para disponer de la propiedad privada.

A lo expuesto cabe agregar que uno de los preventivos más eficaces contra el contrabando a la renta de aduanas, es indudablemente el decomiso de los elementos que en él se empleen, por cuanto por este medio se impide por una parte que con ellos se continúe haciendo fraude a dicha renta, y de otra, se retrae a muchas personas de ejercer el contrabando por temor a la pérdida de los indicados elementos.

Esto en lo que atañe a la acción encaminada a que se declare inconstitucional e ilegal el decomiso de la nave **Jessie Nell.** En orden a la acción sobre declaración de nulidad de lo actuado en el juicio en que se decretó el decomiso de la citada embarcación, se observa que aquí se trata de una nulidad adjetiva que se funda en haberse pretermitido, en concepto del demandante, determinadas formalidades de procedimiento en la secuela del juicio. Mas la Corte tiene decidido en repetidos fallos que las nulidades de que pueda adolecer un juicio por faltas de procedimiento, deben ser alegadas en el mismo juicio y no son materia de acciones separadas después de terminado éste, como puede verse en sentencias de casación de seis de marzo de mil ochocientos noventa; seis de julio de mil ochocientos noventa y siete, y cinco de septiembre de mil novecientos once. De aquí se de-

duce que es improcedente, en la forma en que ha sido promovida, la mencionada acción de nulidad.

Como consecuencia de las consideraciones hechas, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia por basarse el fallo en parte en razones distintas a las expuestas por el Tribunal.

Cópiese y notifíquese este fallo, publíquese en el órgano de la Corte, y devuélvase a su tiempo el proceso al Tribunal **a quo.**

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

En escrito de nueve de julio de mil novecientos veinticuatro, el señor Antonio J. Mosquera promovió ante el Tribunal Superior de Popayán demanda contra la Nación para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se hicieran en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"a) Condénase a la Nación a pagar a Antonio J. Mosquera, mayor de edad y vecino de este Distrito, la cantidad de diez mil ciento seis pesos con veinte centavos ($ 10,106-20), oro legal, por valor de las mercancías que le fueron tomadas como de contrabando, de la canoa y sus accesorios, de los gastos de bodegaje y transportes, de los intereses de mora sobre el valor de las mercancías y de los perjuicios sufridos, consistentes en gastos de correspondencia, honorarios de abogados, pérdida de las utilidades de las mercancías, y paralización completa del negocio de reventa de éstas, y otros más, así:.....

"**b)** Subsidiariamente, pido esta declaración: condénase a la Nación al pago de las mercancías que fueron rematadas, se destruyeron o se perdieron, las que se estiman en la cantidad de tánto, tomado en cuenta el deterioro por causa de descuido en la conservación; y a la entrega de las que aún existen de las tomadas a Mosquera M. como de contrabando. El pago de la cantidad de dinero y la entrega de las mercancías debe hacerse a Mosquera M. en el término de seis días, contados desde la ejecutoria de esta sentencia.

"**c)** Para el caso de que se encuentre inconveniente legal para hacer la primera declaración **a)** por el valor de las facturas y de los intereses de mora, invoco como declaración subsidiaria la que recaiga únicamente sobre el valor de las mercancías, sin los intereses, y sobre las demás cosas pormenorizadas en el punto **a)**.

Adujo los siguientes hechos:

"1. El 28 de julio de 1911 aprehendió el Resguardo de Buenaventura, frente a la desembocadura del río Timbiquí, una canoa grande con cuarenta y siete (47) bultos de mercancías extranjeras, cosas que condujo a ese puerto y puso a la orden del Administrador de la misma Aduana, como si se tratara de un contrabando.

"2. Por obra de una mala inteligencia de las disposiciones sobre aduanas, se siguió el juicio criminal de regla, y después de largas demoras, ocasionadas únicamente por la oscuridad de los preceptos legales sobre competencia y las vacilaciones de los funcionarios que intervinieron en el negocio, según lo relaciona en parte el Tribunal de Popayán (Sala de lo Criminal), en sentencia de 31 de agosto de 1922, este mismo Tribunal declaró en la dicha sentencia que había prescrito la acción criminal y que no se podía decretar de plano la devolución de las cosas aprehendidas por los agentes del Gobierno Nacional, por entrañar esto una decisión civil sobre la propiedad.....

"3. Las mercancías referidas fueron compradas por mí en el puerto de Tumaco a varios comerciantes, parte al contado y la mayor a crédito, como aparece de las facturas que acompaño a esta demanda, y como en el término correspondiente se demostrará para las que no figuran entre tales documentos; y la canoa y sus enseres pertenecen al señor Isaac Paredes, a quien hube de pagarlos.

"4. Perdí totalmente la canoa y sus enseres, y todas las mercancías, pues de éstas unas fueron rematadas, otras desaparecieron y otras, según parece, se dañaron; lo cierto es para el caso que tales mercancías quedaron bajo el cuidado y la responsabilidad de los empleados nacionales de la Aduana de Buenaventura, y que no he recibido cosa alguna de ellas, sufriendo así la pérdida total de mis mercancías, de la embarcación y sus accesorios, de los gastos de transporte y bodegaje, de las utilidades que me hubiera dado la mercancía, y varios otros perjuicios, como el de la paralización del negocio, el de los gastos de correspondencia, el de pago de abogados, el del tiempo perdido en las gestiones, todo por obra y culpa de una descuidada administración y de los errores legislativos.

"5. Los valores perdidos por mí son los siguientes:

"a) El de la factura de Gaminara & Leeder.....$		3,598 89
"Por los intereses de mora de esta suma. .		1,791 35
	$	5,381 24
"b) El de la factura de Max. Heimann.....$	3,855 92	
"Por intereses de mora de esta suma.....	266 28	4,082 20
"c) El de la factura de **Dumarest Bros & Compañía**.....$	2,033 01	
"Por intereses de mora de esta suma.....	369 33	2,402 34
"d) El de la factura de **Jorge Mercado**.....$	1,489 93	
"Por intereses de esta suma. .	267 80	1,766 73
"e) El de las facturas compradas al contado.....$	1,500 ..	1,500 ..

"f) El de la canoa y sus enseres.....$	800 ..	800 ..
"g) El de la cuenta de Rafael Cuevas, por bodegajes de las mercancías en el Charco y Chanzara.	133 ..	133 ..
"h) El de los gastos de transporte de Tumaco al Charco. . .	375 ..	375 ..
"Suma de las partidas anteriores que son en plata.....$		16,440 51
"Esta cantidad convertida a oro, al tipo del 250 por 100 que regía por el tiempo de los pagos. .$		6,576 20
"f) El de los gastos de la correspondencia postal y telegráfica.....		30 ..
"j) Honorarios de abogados, de los cuales sólo se han pagado los del señor Manuel S. Caicedo, de $ 50.....		500 ..
"k) Perjuicios por pérdidas de las utilidades y paralización completa del negocio de mercancías.....		3,000 ..
"Suma total en pesos oro.....$		10,106 20"

Admitida esta demanda se dio traslado de ella al señor Fiscal, quien la contestó negando los hechos y rechazando el derecho invocado por el demandante, y agregó además:

"La prescripción penal decretada por el Tribunal Superior de este Distrito, en sentencia de 31 de agosto de 1922, que obra en autos, no da asidero al peticionario para la demanda que ha instaurado, porque de la prescripción criminal no puede surgir consecuencialmente la acción civil intentada. La pérdida de las mercancías que se toman como contrabando entraña una sanción diferente de la penal, como lo estatuye de manera clara el artículo 177 del Código Fiscal. En el artículo 145 de la Ley 85 de 1915, se trata del remate de la materia u objetos del fraude, y allí se dispone que en caso de que se declare que no ha habido contrabando habrá lugar a la devolución de los objetos aprehendidos, y como en el caso presente no ha acontecido tal cosa, pues la declaratoria de prescripción de la acción penal no envuelve la de que no ha habido contrabando, es evidente que carece de base la demanda."

Continuado el juicio, el Tribunal puso término a la primera instancia con la sentencia de primero de julio de mil novecientos veintiséis, en la que absolvió a la Nación de todos los cargos de la demanda.

Interpuesta apelación por el actor, llegaron los autos a esta Corte, donde sustanciado el negocio, se pasa a proferir el fallo definitivo.

Dice el demandante que habiendo prescrito la acción penal, como lo declará la Sala de lo Criminal del Tribunal Superior de Popayán, en sentencia de mil novecientos veintidós, y siendo el decomiso de las mercancías una pena, ella también quedó prescrita, y deben, en consecuencia, restituírsele las mercancías.

Se considera:

El caso de autos es el de la presunción contenido antes en el artículo 9º del Decreto legislativo número 44 de 1905, y hoy en el artículo 140 de la Ley 85 de 1915, caso que constituye un verdadero contrabando, y como tal sancionaba el artículo 1º del propio Decreto legislativo con el decomiso de la mercancía y la pena de arresto de seis meses a un año, régimen penal que en nada modificó la aludida Ley 85. Ambos actos legislativos desarrollan la doctrina del artículo 177 del Código Fiscal.

En efecto, los empleados del Resguardo de Buenaventura sorprendieron en las bocas del río Timbiquí un cargamento de mercancía de propiedad del señor Antonio J. Mosquera, y cuya conducción se hacía de las costas al interior sin la guía correspondiente.

En tales circunstancias, dicho cargamento se presumía de contrabando y por ello fue aprehendido por los empleados del Resguardo que ejercitaron así inmediatamente la acción de decomiso que pesa sobre el contrabandista. La misma presunción dio lugar a que se iniciara el proceso para el arresto, proceso de cuya terminación pendían los efectos últimos del decomiso.

Tocaba a Mosquera M. desvanecer esa presunción, bien comprobando sumariamente que había omitido la guía, pero que hacía una introducción legítima del cargamento, cosa que no hizo, pues de lo contrario habría sufrido apenas la sanción consistente en la multa del 5 por 100 del valor de las mercancías decomisadas; o comprobando mediante los trámites del juicio criminal su absoluta inocencia, lo que tampoco consiguió, porque el Tribunal no dictó fallo absolutorio, sino que se limitó a declarar prescrita la acción penal sin entrar al estudio del fondo del negocio.

De modo que por virtud de la presunción dicha contra Mosquera M. pesaron desde el momento mismo en que fue descubierto el cargamento dos acciones perfectamente diferentes, y cada una con su vida y naturaleza propia, a saber:

La acción del arresto estrictamente penal, que se ejercita en un cierto lapso y respecto de la cual cabe predicarse que prescribe; y la acción del decomiso, que asume un carácter mixto, pues es fiscal o administrativa, por cuanto por ella el Estado se indemniza del impuesto que deja de percibir por razón del mismo contrabando, y penal por cuanto puede entrañar una sanción, pudiendo extenderse a más del valor de dicho impuesto, como que comprende el de los objetos aprehendidos que puede ser superior a aquél. Esta última acción se ejercita en un solo instante, en el momento mismo de descubrirse los objetos, si bien su eficacia final puede depender del resultado condenatorio o absolutorio de la penal. Siendo, pues, estas dos acciones diferentes, no se las puede confundir, como pretende el demandante, para sostener que habiendo prescrito la acción penal, debe prescribir necesariamente la acción de decomiso.

Por otra parte, si es verdad como lo estatuía el parágrafo del artículo 30 del Decreto legislativo arriba citado (vigente en la fecha del contrabando), y como lo estatuye hoy el parágrafo del artículo 145 de la Ley 85 nombrada, de que en caso de que se declare en el juicio criminal **que no ha habido contrabando**, habrá lugar a la devolución por parte del Estado de las mercancías decomisadas, se advierte que es muy distinto declarar que no ha habido contrabando, a declarar que ha prescrito la acción tendiente a la aplicación de la pena de arresto, pues con lo primero se manifiesto que el decomiso carece de causa alguna, al paso que con lo segundo pesa toda-

vía sobre el sindicado la presunción de contrabandista, si bien no se le puede castigar por ese concepto, por haber acabado el tiempo con el interés social de la aplicación del arresto. Y en el caso de autos no obra sólo la simple presunción consignada en los artículos citados arriba, sino que ella es reafirmada por el auto de proceder que se dictó contra el demandante y por el fallo condenatorio del Juez de primera instancia.

Así, pues, dependiendo la restitución de lo decomisado del fallo absolutorio que dictara el Tribunal, el señor Mosquera M. no debió limitarse ante éste a esperar que prescribiera la acción por el arresto, sino que ha debido pedir que se estudiara el fondo del negocio para que se hiciera la declaración concreta de que en el proceso no existía la prueba del contrabando que se le atribuyó.

Obran en el expediente algunas pruebas que se encaminaron, aunque el demandante no lo declara así, a demostrar que él no incurrió en el contrabando que se le imputa.

La Corte estima baldío entrar a señalar valor jurídico a dichas pruebas, por cuanto no es a ella a quien corresponde decidir sobre si hubo o nó contrabando, por vedárselo las leyes sobre jurisdicción y competencia.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, de fecha primero de julio de mil novecientos veintiséis.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra.** Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

El Fiscal del Tribunal Superior de San Gil, en su carácter de representante del Gobierno Nacional y en virtud de autorización especial que se le dio en Resolución número 11 de 1929, expedida por el Ministerio de Obras Públicas, inició ante el citado Tribunal, demanda sobre expropiación de unas zonas de terreno, por causa de utilidad pública, con destino a la construcción del Ferrocarril Central del Norte, zonas ubicadas en el sitio del Azufrado, jurisdicción municipal de Cité, en la Provincia de Vélez, del Departamento de Santander; demanda que se dirigió contra todos los que se consideran dueños de tales zonas, y se señaló por el actor como Juez competente para conocer de ella el Tribunal Superior de San Gil, porque si bien el artículo 10 de la Ley 35 de 1915, declara que son Jueces competentes para conocer del juicio de expropiación de zonas destinadas a vías férreas, "aunque en tales juicios tengan interés los Departamentos," esta salvedad está indicando que cuando tiene interés la Nación, conoce la Corte en segunda instancia, conforme a la primera parte del artículo 7º de la Ley 169 de 1896, según el cual de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación conocen los Tribunales en primera instancia, y la Corte en segunda.

Repartido el asunto en el Tribunal mencionado, la Sala, en providencia que lleva fecha cuatro de noviembre último, declaró que no le correspondía el conocimiento del asunto en primera instancia, y ordenó devolver la demanda, con sus documentos, al interesado.

De esta resolución interpuso apelación el Fiscal demandante y se le otorgó. Con intervención del señor Procurador General de la Nación se sustanció el recurso ante la Corte, por lo cual procede la Sala a decidirlo.

Se fundó el Tribunal para abstenerse de conocer del asunto en primera instancia, en que el artículo 14 de la Ley 35 de 1915 dice que debe solicitarse la expropiación ante el Juez del Circuito por cuyo territorio haya de pasar la vía férrea que se trate de construir; que el artículo 18 de la misma Ley establece que los demandados en el juicio de expropiación deben presentarse al Juez para hacer el nombramiento del perito que haya de hacer el avalúo del terreno o zonas; que la Ley 169 de 1896 establece en el parágrafo del artículo 7º que de los juicios de expropiación conocen los Jueces de Circuito en primera instancia y los Tribunales en segunda, lo que se refiere a las expropiaciones comunes, pero no a las especiales sobre vías férreas, según jurisprudencia de la Corte que cita el Tribunal; y que siendo especiales las disposiciones de la Ley 35 de 1915, que se han citado, sobre todo el artículo 23 de ésta, no le corresponde al Tribunal de San Gil el conocimiento de la demanda de que se trata.

El señor Procurador General de la Nación acoge la tesis del Tribunal de San Gil y al efecto se expresa así:

"Conforme a las reglas generales sobre organización judicial consignadas en los numerales 2º y 4º del artículo 73, en relación con los numerales 2º y 4º del artículo 43 del Código de Organización Judicial de la República, corresponde a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocer en primera instancia, y a la Corte en el segundo grado, de los negocios judiciales contenciosos en que figura como parte interesada la Nación, siempre que no provengan de contratos celebrados por esta entidad, y de los juicios entre los Gobiernos de los Departamentos y los particulares; disposiciones éstas semejantes a las que se contenían en los artículos 1º, 2º y 8º, numeral 9º, de la Ley 143 de 1887.

"Como según lo que se prescribe en las Leyes 56 y 119 de 1890, en las demandas de expropiación para obras de utilidad pública pueden estar interesados los Municipios, los Departamentos o la Nación, de conformidad con las reglas de organización judicial arriba citadas, de esas demandas debían conocer en primera instancia los Jueces de Circuito o los Tribunales Superiores, según que en ellas tuvieran interés los Municipios o bien los Departamentos o la Nación, cualquiera que fuese la cuantía del negocio. Pero la Ley 104 de 1892, sobre ferrocarriles, introdujo innovación sobre este particular, pues atribuyó a los Jueces de Circuito el conocimiento de los juicios sobre expropiaciones para esa clase de vías, aunque en ellos estuvieran interesados los Departamentos o la Nación, según se ve en los artículos 16 y siguientes de aquel ordenamiento legal. E igual precepto consignó después el legislador en la Ley 169 de 1896, pues en el parágrafo 7º se dispone expresamente que los Tribunales Superiores conozcan en segunda instancia y los Jueces de Circuito en primera, de los juicios de expropiación en general.

"Conviene advertir que las disposiciones mencionadas de la Ley 104 de 1892 fueron derogadas por el artículo 23 de la Ley 35 de 1915.

"Vino, por último, para este asunto de competencia judicial en tal clase de negocios, la Ley 35 de 1915, en que de nuevo se reglamenta esta materia, pero entre sus preceptos se encuentran dos disposiciones aparentemente contradictorias: el artículo 10, que quita expresamente a los Jueces de Circuito el conocimiento de los juicios de expropiación para ferrocarriles; y el artículo 23, que asigna claramente a dichos Jueces las expropiaciones de terrenos destinados a esa clase de vías.

"Examinados los antecedentes de la citada Ley 35 de 1915, se ve que estos dos artículos no figuran en el proyecto original de esa Ley ni en las modificaciones que le introdujeron las Comisiones de las Cámaras Legislativas que lo estudiaron, de modo que ellos provienen de esas interpolaciones que se introducen rápidamente en las leyes en el curso de los debates públicos, sin mayor meditación. Pero si se examinan detenidamente esas dos disposiciones, se descubre que no hay contradicción formal entre ellas, pues la del artículo 10 se refiere a expropiaciones de fincas no destinadas a ferrocarriles; y la del artículo 23 es referente a las expropiaciones para esa clase de vías, de donde se deduce que tanto las unas como las otras son del conocimiento de los Jueces de Circuito en primera instancia; y en cuanto al agregado "aunque en tales juicios tengan interés los Departamentos," se explica esa frase por el ánimo de hacer más claro y explícito el mandato contenido en las disposiciones que se vienen estudiando, pues que, como según las antiguas disposiciones, los negocios en que tienen interés los Departamentos son del conocimiento de los Tribunales Superiores en primera instancia, era preciso declarar con precisión que esa regla sufre excepción en tratándose de expropiaciones para vías férreas departamentales.

"Y como en otros artículos de la mencionada Ley 35 de 1915 se insinúa de otras maneras la competencia de los Jueces de Circuito para conocer de esta clase de juicios, pues ante ellos se hacen las solicitudes de expropiación (artículo 14), se les llama Jueces competentes en estos juicios (artículo 16) y la sentencia de ese Juez es la que se notifica a las partes (artículo 17), etc., se viene en conocimiento de todo esto a la conclusión de que son los Jueces de Circuito los que conocen de esta clase de expropiaciones en primera instancia; de donde resulta que es fundada la determinación dada en este negocio por el Tribunal Superior de San Gil, que es materia de revisión a virtud de apelación del señor Fiscal de aquella corporación; y que, por tanto, debe ser confirmado el auto recurrido, salvo otra determinación vuestra más acertada."

No sin desconocer la Sala la fuerza que tienen las opiniones anteriores, se aparta de ellas por las consideraciones que aduce en seguida:

El artículo 153 de la Constitución Nacional da ciertamente al legislador la facultad de crear los Tribunales de justicia y de señalarles sus respectivas atribuciones, lo mismo que la de organizar los Juzgados inferiores, determinar sus atribuciones y fijar la duración de los Jueces, según lo declara el artículo 156 de la misma Carta; pero esto no tiene lugar cuando el mismo constituyente lo ha hecho ya. Ahora, conforme al numeral 3º del artículo 151 de la Constitución, a la Corte corresponde conocer precisamente de "los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación...." Este precepto es el que respeta el artículo 7º de la Ley 169 en su ordinal 12, cuando atribuye a los Tribunales Superiores el conocimiento en primera instancia de estos asuntos. Pero se dice que no obstante lo dispuesto en esa parte del artículo citado, el parágrafo de ella establece que de los juicios de expropiación conocen los Jueces de Circuito en primera instancia y los Tribunales en segunda.

A esto se observa que lo establecido en el parágrafo tiene lugar en cuanto la Nación no sea parte, pues si lo es, prima lo del numeral 1º del mismo artículo en relación con el precepto constitucional, es decir, que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia de los juicios de expropiación en que tenga parte la Nación y la Corte en segunda, para que siempre ésta intervenga.

A lo anterior no se opone que el artículo 23 de la Ley 35 de 1915 diga que los Jueces de Circuito conocen de los juicios de expropiación de zonas para vías férreas en primera instancia y los Tribunales en segunda, aunque en esos juicios tengan interés los Departamentos, porque como dijo el demandante en este juicio, se excluyen así los casos en que los Departamentos estén interesados, y en que dados los términos de la ley, los Jueces de Circuito sí pueden conocer de juicios de expropiación de zonas destinadas a vías férreas; pero queda sin resolver el caso en que la Nación sea parte en la expropiación, el cual hay que decidirlo por las disposiciones generales y en armonía con lo que el mismo constituyente dispuso, o sea que los Tribunales conocen en primera instancia y la Corte en segunda. Interpretación ésta que se amolda en un todo al principio que consagra el artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910, según el cual en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Concluye, pues, la Sala, que corresponde al Tribunal Superior de San Gil conocer del juicio de que se trata y que, por consiguiente, hay que revocar el auto en que dicho Tribunal se abstuvo de dar curso a la demanda de expropiación de zonas para la vía férrea nacional en el Departamento de Santander, promovida dicha demanda por el señor Fiscal del Tribunal mencionado.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca el auto materia del recurso y en su lugar dispone: admítese la demanda de expropiación de unas zonas para el ferrocarril Central del Norte, en la Provincia de Vélez, del Departamento de Santander, y devuélvase el expediente para que el Tribunal respectivo, previa copia de la misma, se sirva darle el curso correspondiente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvanse las diligencias.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Luis F. Rosales—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, noviembre 25 de 1932. | Número 1870

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, cinco de octubre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

El doctor José A. Castañeda Morales, en ejercicio de la acción que concede el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, se ha presentado a esta Corte acusando por inconstitucionales la Ley 72 de 1931 y el Decreto ejecutivo número 1278, que reglamenta tanto esta Ley como la 57 de 1926, sobre descanso dominical.

Conviene el acusador en que el fin social de la Ley 57 de 1926, al consagrar el descanso dominical para los empleados y obreros, ha sido el de impedir que los patrones abusen de la necesidad que puede obligar a los obreros en determinadas circunstancias, haciéndolos trabajar consecutivamente, sin el descanso que necesitan los organismos para la rehabilitación de sus fuerzas físicas; pero se pronuncia contra lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 72 de 1931, que somete a la sanción de la multa "al patrón, empresario o comerciante que teniendo habitualmente a su servicio más de dos subordinados o empleados, abriese su establecimiento al servicio público el día domingo."

Del mismo modo tacha de inconstitucional el Decreto reglamentario en los artículos 2º y 17, que rezan:

"Artículo 2º Todo patrón, empleado o comerciante, que tenga habitualmente a su servicio más de dos subordinados o empleados, deberá mantener cerrado su establecimiento para el servicio público el día domingo."

"Artículo 17. Sólo podrán abrirse en día domingo aquellos establecimientos de venta exclusivamente destinados a la provisión de los víveres y mercaderías de que trata el ordinal *c)* del parágrafo del artículo 1º de la Ley 72 de 1931 y el artículo 8º del presente Decreto."

Considera que estas disposiciones vulneran los artículos 19, 39 y 44 de la Constitución Nacional, esto es, que van contra los fines para los cuales han sido constituídas las autoridades, que son los de proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, que atacan la libertad de conciencia y la libertad de industria.

El derecho de propiedad, dice el acusador de la Ley, hermanado con el derecho de trabajo y la libre industria, refundidos todos en el derecho a la vida, se lesionan con la Ley y el Decreto en cuestión, porque no se concibe el derecho con que el Estado pueda ordenarle a un individuo la abstención de determinados actos que no constituyen delitos y que son consecuencias lógicas de los derechos naturales, mucho menos actos que vienen a redundar no sólo en provecho del agente sino de la familia y de la sociedad.

Cuanto a la libertad de conciencia, dice el acusador que sería por demás hablar de esa libertad comoquiera que la Ley todo ha tenido en mente, menos la observancia de un mandamiento, si no estuviera el descanso prescrito para los días domingos, lo que le ha dado base para formular su acusación por ese aspecto.

Como se ha visto por las transcripciones anteriores, el acusador de la Ley no niega el derecho que tenga el Estado para hacer obligatorio un día de descanso en la semana, defendiendo así a los obreros y dependientes del abuso de patrones y empresarios, que pueden forzarlos a trabajar hasta agotarlos, con menoscabo de la salubridad pública, derecho en que están basadas todas las leyes protectoras de quienes ganan la vida con el trabajo diario; lo que el acusador ataca es una de las formas establecidas por la Ley 72 de 1931 para alcanzar este fin, esto es, la prohibición de abrir su establecimiento al servicio público el día domingo, al patrón, empresario o comerciante que tenga a su servicio más de dos subordinados o empleados; pero esta es una forma práctica y segura de hacer efectivo el descanso dominical en favor de los subordinados o empleados que trabajan toda la semana en los establecimientos de que la Ley trata.

El mismo acusador conviene en que lo que podría hacerse sería impedir que el dueño del almacén o socio del mismo despache en compañía de empleados o dependientes, y de hacerlo en esta forma, que sufra la sanción de una multa; así, agrega, se conseguirá el fin social que tuvo en mente el legislador al ordenar el descanso dominical para los empleados y obreros, sin atacar derechos naturales ni preceptos constitucionales.

Pero a esto se observa que la Ley tiende precisamente a ese objeto, ordenando el cierre de establecimientos servidos por más de dos subordinados o dependientes del patrón. Si la Ley del descanso da un día en la semana para los que trabajan a jornal o a sueldo, tiene su fundamento constitucional en la salubridad pública, en lo que está de acuerdo el acusador; no se ve porqué pueda pugnar con principios constitucionales la disposición que tiende a hacer efectivo ese descanso, siendo así que de otro modo la ley quedaría burlada con los subterfugios que oportunamente anotaron varios ciudadanos en los memoriales dirigidos al Congreso cuando dicho acto legal se estaba expidiendo.

Por lo que respecta al Decreto, el artículo 2º no hace sino repetir la disposición de la Ley, y en cuanto al 17, que también es materia de acusación, y por el cual se ordena que sólo podrán abrirse en día domingo aquellos establecimientos de venta exclusivamente destinados

a la provisión de víveres y mercancías de que trata el ordinal *c)* del parágrafo del artículo 1º de la Ley 72 de 1931, y el artículo 8º del Decreto, hay que entender que se trata de aquellos establecimientos en que su dueño o empresario tenga a su servicio más de dos subordinados o empleados, pues a ellos se refiere la prohibición de la Ley y sobre ellos recaen las excepciones que la misma Ley y el Decreto señalan.

Por tanto la Corte Suprema en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, resuelve que no es el caso de declarar inexequibles las disposiciones acusadas de la Ley 72 de 1931 y el Decreto ejecutivo número 1278 de 1931 que la reglamenta.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* esta sentencia, envíese copia de ella para su publicación en el *Diario Oficial* y archívese el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—*José Miguel Arango. Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper*, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Enrique A. Becerra en el fallo que precede.

No porque disienta de la ilustrada opinión de mis distinguidos colegas, sino porque quiero establecer, según mi criterio, el alcance de la Ley acusada, en su artículo 2º, y del Decreto de que aquí se trata, en su artículo 17, hago uso del derecho que me concede la ley.

Aunque el fallo anterior admite que en las disposiciones acusadas "hay que entender que se trata de aquellos establecimientos en que su dueño o empresario tenga a su servicio más de dos subordinados o empleados, pues a ellos se refiere la prohibición de la ley y sobre ellos recaen las excepciones que la misma ley y el decreto señalan," considero que es lógica la conclusión, porque se halla contenida en la anterior premisa, de que los dueños o empresarios que no tengan a su servicio más de dos subordinados o empleados, pueden abrirlos para ejercer sus actividades, ellos solos, o con dos empleados o subordinados. Entiendo que esta interpretación se amolda precisamente a las circunstancias que el legislador tuvo en cuenta al dictar sus disposiciones, como puede verificarse en los antecedentes de la ley acusada que reposan en el archivo del Congreso, y porque, a mi entender, si la restricción se refiriera al propio dueño, se menoscabaría su libertad individual so pretexto de hacerle cumplir por la fuerza un precepto que si bien contribuye a su perfeccionamiento material y moral, no es tan excesivo en sus consecuencias, dado que el mismo derecho eclesiástico establece circunstancias excepcionales sobre el particular.

Bogotá, cinco de octubre de mil novecientos treinta y dos.

Enrique A. Becerra

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

Voto la sentencia en el concepto, en ella expresado, de que las prohibiciones de la Ley 72 de 1931 y del Decreto ejecutivo número 1278, que la reglamenta, tienden a "hacer efectivo el descanso dominical en favor de los subordinados o empleados que trabajan toda la semana en los establecimientos de que la Ley trata," esto es, en el concepto de que las medidas coercitivas allí autorizadas sólo tienden a impedir, en domingo, el trabajo material por cuenta ajena, a jornal.

Bogotá, cinco de octubre de mil novecientos treinta y dos.

Germán B. Jiménez

SALA DE CASACION CIVIL

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

Vistos:

El nueve de diciembre de mil novecientos diez y seis, Demófilo Candela, a título de dueño de la mayor parte del globo de tierra denominado **El Guanábano**, situado en la margen occidental del río Cauca, en el Municipio de Cartago, entabló ante el Juez 1º del Circuito de este nombre, acción de deslinde del expresado terreno con la finca de **El Real**. Designó como demandados, condueños de este último terreno, a Emilio, Alfredo y Alfonso Botero G., a Marco A. Soto y a Torcuato Carnaval. Designó como linderos de la finca de **El Guanábano**, éstos: por el Sur, Occidente y parte del Norte, con el terreno de **El Real**, y por el Oriente, con el río Cauca.

Los interesados Boteros se opusieron a la demanda de deslinde, porque desconocían a Candela el carácter de propietario de **El Guanábano**.

Fenecido el largo juicio a que dio lugar esta oposición, se practicó el deslinde provisional el trece de noviembre de mil novecientos veintidós, por el Juez, con intervención de peritos, quien partió los términos de los dos predios en esta forma:

"**El Guanábano** limita por el Norte con tierras de **El Real**, reconocido este hecho por el demandante señor Demófilo Candela, en varios títulos que obran en autos; acoge el concepto del doctor Lisandro Durán U., al cual se adhirió el perito tercero, y ordena a los señores peritos que, para deslindar los terrenos de **El Guanábano** y **El Real**, tracen una línea poligonal, que arrancando del enfrentamiento del desagüe de **Aguaprieta**, pasando por **Matarredonda**, termine en la falda de **La Loma**, reconocida, como que en ella existió la casa de **El Real**, y de aquí, hacia el Oriente, a terminar en el paso del río Cauca, frente al sitio en donde existió la casa de Francisco Javier Fresneda."

"El trazado de esta línea sobre el terreno y el amojonamiento correspondiente, quedaron practicados por los peritos en esta forma:

'Para encontrar el punto de partida sobre la margen izquierda del río Cauca, se trazó una normal a la dirección general del curso de las aguas, desde la boca del zanjón de **Aguaprieta**, punto que se unió con el cerrito llamado **Matarredonda**, en una longitud de 567 metros 50 centímetros; de este punto se trazó una recta hacia el Norte, a terminar en el punto medio de la falda de **La Loma**, comprendido entre la antigua casa de **El Real** y el pie de la falda de **La Loma**, línea que pasó por otro cerro o morrito donde se colocó un mojón; esta línea mide en toda su longitud 515 metros; del punto medio de la distancia entre la antigua casa de **El Real** y el pie de la falda, se trazó otra recta hasta el río Cauca, línea que termina en el punto donde se completan las 16 cuadras medidas por

la orilla del río hacia abajo, desde el mojón indicado por los títulos, que está situado a la margen izquierda de dicho río, a una distancia de 901 metros del punto determinado que queda expresado, teniendo como base la boca del zanjón de **Aguaprieta**, punto de partida.'

"Que la superficie que este perímetro encierra es de 149 fanegadas 8,280 varas cuadradas."

Muerto el demandante, algunos sucesores suyos objetaron esta alinderación, por dos causas de índole diferente. Nulidad de la diligencia de deslinde. Inexactitud, según los títulos y demás pruebas aducidas en el juicio, de la demarcación verificada por el Juez.

La primera objeción se hace proceder de estos motivos:

a) Haberse llevado a efecto el deslinde el trece de noviembre de mil novecientos veintidós, sin citación de las partes, ni de perito tercero, aceptado por los litigantes, omisión que dio por resultado que sólo concurrieran a aquel acto el demandante y uno de los demandados, Emilio Botero G., únicos a quienes se notificó el señalamiento del día para el deslinde.

b) Haberse nombrado para perito tercero en el acto de la diligencia, a un individuo que no conocía el terreno que se iba a deslindar, ni hizo estudio de las escrituras públicas que servían de título, ni es persona conocidamente hábil e instruída en asuntos de deslindes.

c) Haberse prescindido del precepto del artículo 659 del Código Judicial, según el cual, si el perito tercero nombrado de antemano y aceptado por las partes, no estaba presente en el acto de la diligencia, a causa de no habérsele citado, debió repetirse ésta con él.

d) Siendo varios los demandados, y habiendo nombrado tan sólo dos de ellos un mismo perito, sin que los otros hicieran designación alguna, ha debido aplicarse la regla establecida en el artículo 655 del Código Judicial, si era que, requeridos para hacer el nombramiento que les correspondía, no concordaban con el verificado por sus codemandados.

La segunda objeción al deslinde se basa en que la demarcación hecha por los peritos y acogida por el Juez y el Tribunal, no corresponde a la señalada por los títulos presentados por la parte actora, ni concuerda con los aducidos por los demandados.

Surtido el juicio ordinario a que dio origen la oposición, el Juez lo sentenció así:

"1º No hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado en el juicio de deslinde.

"2º Objétase el deslinde practicado en el terreno de **El Guanábano**, ubicado en el punto de **El Real**; decláranse sin ningún valor las diligencias encaminadas a la ordenación de la línea del deslinde mencionado que, por medio de este fallo, se objeta e impugna.

"3º Verifíquense nuevamente las diligencias encaminadas a la ordenación de la línea que ha de servir como límite entre los predios de **El Guanábano** y **El Real**, teniendo a la vista las escrituras de veintiséis de noviembre de mil setecientos cincuenta y dos, la de veinticinco de octubre de mil ochocientos cuarenta y tres, y la número 71 de mil ochocientos cincuenta y tres, en armonía con la posesión verificada en el año de mil ochocientos veinticuatro, y las demás que las partes presenten, dejando a salvo derechos de terceros.

"4º Pueden las señoras María de Jesús y Angelina Martínez Cañete ejercitar el derecho consagrado por el artículo 863 del Código Judicial, coadyuvando la causa en la cual tengan interés, siempre y cuando demuestren y justifiquen la asistencia justificada de ella en cualesquiera juicios que con índole distinta se desprendan de este juicio."

Por apelación de los demandados, el Tribunal Superior de Buga, en sentencia de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos veinticinco, revocó la de primer grado, porque "el Juez ha dejado de fallar en el fondo el presente negocio," y para decidir cuál es la línea que debe servir de límite entre **El Guanábano** y **El Real**.

En cumplimiento de este fallo, el expresado Juez dictó la nueva sentencia, en que se declara:

"1º El límite divisorio de los predios **El Guanábano** y **El Real** es una línea poligonal, que arrancando del enfrentamiento del desagüe del zanjón de **Aguaprieta**, pasando por **Matarredonda**, termina en la falda de **La Loma**, reconocida, como que en ella existió la casa de **El Real**, y de aquí, hacia el Oriente, termine en la ribera izquierda del río Cauca, frente al sitio en donde existió la casa de Francisco Javier Fresneda.

"2º Declárase infundada la demanda de oposición."

El Tribunal Superior de Buga, en apelación de la parte demandante del deslinde, confirmó este fallo por decisión de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos veintiséis.

La misma parte interpuso casación, recurso que es admisible, y contiene estos cargos:

Segunda causal. Acusa el recurrente la sentencia por defectuosa, a causa de no haberse decidido en ella la cuestión de nulidad de la diligencia de deslinde, en la cual intervino y autorizó un individuo que carecía de carácter de Secretario del Juez que practicó el deslinde; el que aparece como tal en esa diligencia, había perdido el cargo, por haber aceptado el destino de Secretario del Concejo Municipal de Cartago. Esta cuestión fue planteada en la demanda, como una de las causas de nulidad de la diligencia antedicha, pero el Tribunal omitió considerarla y decidirla.

Se considera:

La sentencia que es materia de este recurso, si bien es cierto que trata exclusivamente, en su parte considerativa, de la línea divisoria fijada en el deslinde, entre los predios **El Guanábano** y **El Real**, en la parte que consituye el fallo confirma totalmente la sentencia de primer grado, es decir, que la acoge con los fundamentos que la respaldan.

Ahora bien: esta última sentencia contiene bajo el ordinal 2º, esta decisión expresa:

"Declárase infundada la demanda de oposición."

Y como uno de los capítulos de ella era la de la nulidad de la diligencia en razón de la circunstancia que se deja mencionada, tal causal quedó fallada, tanto por el Juez expresamente como por el Tribunal, en forma implícita. Confirma esta conclusión el antecedente de que el Tribunal, en la sentencia que había dictado en una segunda instancia anterior de este mismo juicio de oposición, estudió detenidamente el tema sobre que versa la acusación del recurrente, estudio que el Juez de primera instancia ha acogido en su segunda sentencia, y que el Tribunal acepta implícitamente.

Declaró el Juez al efecto:

"El honorable Tribunal, en su aludido fallo, analizó las irregularidades enumeradas en la demanda de oposición, y dejó sentadas las premisas de que dichas irregularidades no constituyen nulidad de procedimiento, y se funda

en que la diligencia de deslinde se llevó a efecto con lleno de las formalidades legales; que en cuanto a la actuación del Secretario del Juzgado fue también perfectamente legal, sin que constituya nulidad el hecho de haber acumulado dos empleos incompatibles, lo que sólo podría originar una responsabilidad al empleado."

El Juez hizo suyos estos conceptos del Tribunal, expresados en su primera sentencia, y los tomó como fundamento del fallo referente a la primera petición de la demanda de oposición al deslinde. Y, como por otra parte, el Tribunal, en la sentencia que se revisa actualmente, acogió en un todo la de primer grado, es claro que no omitió decidir la supradicha cuestión, y no existe, por lo mismo en ella, incongruencia por defecto.

Primera causal. Se basa en estos extremos:

Primer cargo: error evidente de hecho y consiguiente error de derecho en la apreciación de la sentencia que el Tribunal de Buga dictó el veintitrés de octubre de mil novecientos veinte, en el juicio de oposición a la acción de deslinde y que precedió al actual, y la escritura número 138, de nueve de junio de mil novecientos once, a que esta sentencia se refiere, y de la inspección ocular practicada en aquel primer juicio el veintiocho, veintinueve y treinta de enero de mil novecientos diez y ocho. Consiste el error, en sentir del recurrente, en que estando declarado, reconocido y comprobado ya que **El Guanábano** mide más de las 152 plazas vendidas por Candela a Botero, y estando sentenciado de modo definitivo entre las partes litigantes que de Candela es el exceso, se fija, sin embargo, como lindero un poligonal que encierra tan sólo esas 152 plazas y hasta menos, con lo que se reforma de hecho, y aun se infirma, esa sentencia ejecutoriada. Deduce el recurrente, de esta falsa estimación de aquel fallo, la violación de los artículos 831 y 846 del Código Judicial; 99 y 113 de la Ley 105 de 1890, en cuanto se desconoce, dice, la fuerza de cosa juzgada, y se procedió cual si la contraparte de Candela, que entonces era la misma de hoy, no hubiera sido parte para el litigio decidido con el citado fallo.

Se considera:

El fallo del Juez que recayó al juicio sobre oposición a la demanda de deslinde, es cierto que declaró que Emilio Botero G. era dueño de 152 plazas de tierra en el globo de **El Guanábano,** según la escritura número 138, de nueve de junio de mil novecientos once, de la Notaría de Cartago; pero esta declaración, sobre propiedad concreta y determinada, fue desechada por el Tribunal en segunda instancia y sustituída por este fallo:

"No hay lugar a declarar que el señor Emilio Botero G. es dueño único de todo el predio de **El Guanábano,** determinado por los linderos que reza la escritura número 138, de nueve de junio de mil novecientos once, que figura en el proceso."

La sentencia del Tribunal que aprobó con posterioridad la línea divisoria entre **El Guanábano** y **El Real,** no contradice, según se ve, el fallo de ventitrés de octubre de mil novecientos veinte, y no es fundado, por lo tanto, el cargo de violación de cosa juzgada.

Segundo cargo. Error evidente de hecho en la apreciación de las escrituras públicas, que el Tribunal consideró en su sentencia, como pruebas para acoger como cierta la línea de alinderación entre los referidos predios, determinada en el juicio sumario de deslinde.

Las escrituras mal entendidas en concepto del recurrente son éstas: la de veintiséis de octubre de mil setecientos cincuenta y dos, pasada ante el Escribano público de Cartago, entre Ambrosio Manzano y Joseph Sanz de Oviedo, sobre compraventa de unas tierras.

La escritura sobre compraventa del terreno de **El Guanábano,** pasada entre Manuela Ortiz, como vendedora, y José Ignacio y Manuel María Mendoza, como compradores, ante el Escribano de Cartago, el veinticinco de octubre de mil ochocientos cuarenta y tres.

La diligencia de posesión del globo de tierra de **El Real,** que se dio a Juan Nepomuceno Durán el primero de marzo de mil ochocientos veinticuatro.

La escritura número 71, de ocho de julio de mil ochocientos cincuenta y tres, otorgada ante el Notario de Cartago, sobre compraventa de parte del terreno de **El Guanábano,** entre José Ignacio Mendoza, vendedor, y Francisco María Bermúdez y Manuel José Martínez, compradores.

El inventario de la sucesión de Manuel José Martínez y el acto de partición de la misma.

La escritura número 157, de fecha veinticuatro de septiembre de mil ochocientos ochenta, Notaría de Cartago, sobre venta que los herederos de Manuel José Martínez hicieron a Narcisa Villegas, de un globo de tierra en el sitio de **El Guanábano,** por cabida y linderos.

La escritura número 63, de veintitrés de marzo de mil ochocientos ochenta y seis, Notaría del Quindío, por la cual la Villegas vendió la mitad del terreno antedicho a Amadora Villegas.

La escritura número 383, Notaría de Cartago, de fecha treinta de octubre de mil ochocientos ochenta y nueve, por la cual la misma Narcisa Villegas hace donación de la otra mitad del exprseado terreno a María Narcisa, Claudia y Domingo Páramo.

Adjudicación a José Ignacio Rivas, en la sucesión de Amadora Villegas, liquidada en mil novecientos siete, de la mitad del terreno en el globo de **El Guanábano,** que había adquirido de Narcisa Villegas.

Títulos de Demófilo Candela:

La escritura número 234, Notaría del Quindío, de catorce de agosto de mil novecientos ocho, por la cual venden a Candela, Domingo, Narcisa y Claudia, el derecho de sexta parte de que eran dueñas en la mitad del terreno de **El Guanábano.**

La escritura número 78, Notaría de Cartago, fecha cuatro de marzo de mil novecientos nueve, sobre venta que a Candela hacen Hilarión, Carmen y Felicidad Páramo, de los derechos que tenían en la mitad del terreno de **El Guanábano,** vendido por Narcisa Villegas en mil ochocientos ochenta y nueve.

La escritura número 111, Notaría del Quindío, fecha veintiséis de marzo de mil novecientos nueve, sobre venta que a Candela hace Mercedes Rivas de Ortiz, de un derecho que, como adjudicataria en la sucesión de Amadora Villegas, le corresponde en la mitad del terreno de **El Guanábano,** que la causante adquirió de Narcisa Villegas en mil ochocientos ochenta y seis.

La escritura número 328, de diez y siete de octubre de mil novecientos diez, Notaría de Cartago (erradamente citada por el Tribunal con el número 228), en la cual figura la adjudicación al mismo Candela en el juicio adicional de sucesión de José Ignacio Mendoza y Claudia Vernaza, cónyuges, como cesionario de los derechos que en una parte de **El Guanábano** correspondían a los herederos de aquéllos.

La escritura número 407, Notaría de Cartago, de veintinueve de diciembre de mil novecientos diez, por la cual José Ignacio Rivas vendió a Candela ciertos derechos en

la mitad del terreno de **El Guanábano**, que perteneció a Narcisa Villegas.

El recurrente, en vez de analizar los razonamientos del Tribunal, referentes a las diversas partes de la línea poligonal que se fijó en el deslinde como límite entre los predios de **El Real** y **El Guanábano**, y demostrar su desacuerdo con los títulos relativos a cada una de estas fincas, se limita a formular este cargo, general e indeciso:

"Una a una las escrituras que analiza el Tribunal son apreciadas por él con error de hecho, que brevemente se resume o consiste: en que cada una de ellas deslinda porciones de **El Guanábano** o de **El Real**, y el Tribunal procede (y aun expresamente lo dice), cual si la respectiva alinderación fuese del total de cada globo."

Y agrega en explicación de este confuso concepto:

"Las escrituras de mil ochocientos cuarenta y tres y mil ochocientos cincuenta y tres señalan los linderos sostenidos por mi parte para la totalidad de **El Guanábano**. El Tribunal las pasa por alto, al menos las declara inadmisibles ante las escrituras posteriores que enumera. En no acogerlas comete un yerro. El Tribunal confunde la parte con el todo, y no cae en la cuenta que esas escrituras posteriores, determinante cada cual de la porción, fundación o mejora que por medio de ella se transfiere, no infirman las escrituras anteriores, determinantes de la totalidad del fundo en que se han establecido y transferido esas mejoras o fundaciones, o se han adquirido, por tal o cual título, derechos proindivisos."

Se considera:

La sentencia del Tribunal no declara que, habiendo diferencias en cuanto a linderos y extensión territorial entre el título de mil setecientos cincuenta y dos y el de mil ochocientos cuarenta y tres, que son, puede decirse, los de fundación de la propiedad de **El Guanábano**, y las escrituras posteriores que se refieren a actos de enajenación de porciones de esta finca, hayan de prevalecer los designados en estas últimas sobre los expresados en aquellos dos títulos originarios.

Lo que la sentencia sostiene, después de un estudio comparativo de todos los títulos, es que los instrumentos públicos y otros documentos posteriores a las escrituras de mil setecientos cincuenta y dos y mil ochocientos cuarenta y tres, lejos de ser antinómicos, guardaban armonía, con alguna diferencia pequeña en alguno de ellos, en lo relativo a la alinderación de **El Guanábano**. Concluye, en efecto, la sentencia, resumiendo aquel estudio comparativo, así:

"La escritura de mil setecientos cincuenta y dos, que crea **El Guanábano**, no está en oposición ni en contradicción con los demás títulos expedidos acerca de él, y en que se determina su situación y linderos, a excepción de la escritura de mil novecientos diez, en la parte norte, como se ha visto."

El cargo, en el concepto que el recurrente le atribuye al Tribunal, no es, por tanto, fundado.

Ahora, si la línea de delimitación determinada por el Juez a quo y acogida por el Tribunal, concuerda o nó con aquellos títulos, es cuestión diferente, que se examinará en el motivo que sigue.

Acusa el recurrente el fallo por error de hecho, al apreciar el sentenciador las escrituras analizadas, por cuanto cada una de ellas deslinda porciones distintas de **El Guanábano** o **El Real**, y el Tribunal procede cual si la respectiva alinderación fuere total de cada globo.

Se observa: las escrituras de veintiséis de noviembre de mil setecientos cincuenta y dos y de mil ochocientos cuarenta y tres, las más antiguas que sirvieron al sentenciador para la fijación de linderos, se refieren a todo el globo de tierras conocido con el nombre de **El Guanábano**, y para probar ese aserto basta leerlas y leer lo que el sentenciador dijo al apreciarlas:

"El predio de **El Guanábano** se formó, aunque no con este nombre, por la escritura de veintiséis de noviembre de mil setecientos cincuenta y dos, pasada ante el Notario de Cartago, entre Ambrosio Manzano y Joseph Sanz de Oviedo, precisamente la misma que quieren los sucesores del señor Candela se tenga en cuenta para la fijación de los linderos de que se trata.

"**El Guanábano** es de formación muy posterior al **Real**, pues la escritura citada habla del 'sitio que llaman del **Real**, en 'donde están las tierras' que por ella se venden, y hasta reza que las tierras contenidas en dicho instrumento están rodeadas por las del **Real** y 'proindivisas, entre el vendedor y otros herederos.'"

"Esta escritura no designa **El Guanábano** con este nombre ni con otro alguno, sino que apenas enumera lo que es objeto de la venta, así:

"Un pedazo de tierras de las que poseyeron Marcos Díaz y doña Juana de Alcalá, sus legítimos abuelos (del vendedor, se entiende), que el otorgante compró a don Agustín Bermúdez, y éste las había comprado a Isabel y Rosa Rodríguez, herederos que fueron de doña Antonia Díaz de la Serna, hija y heredera que fue de los dichos viejos Marcos Díaz y doña Juana de Alcalá; y asímismo se incluye en esta venta otro derecho que el otorgante compró al cura que fue de dicha Anserma (sic), llamado Joseph Vásquez; el cual dro. fue una cuarta parte que perteneció a doña María Díaz de la Serna, heredera de los dichos viejos cuya cuarta parte recayó, por los derechos parroquiales, en dicho cura, quien como tal legítimo dueño, se la vendió al otorgante. Asímsimo se incluyen en esta venta las partes que heredaron Gregorio Clavijo y Gertrudis Clavijo, de Francisco Clavijo y de Gertrudis Díaz de la Serna, sus padres de la dicha Gertrudis, como heredera de dicha Gertrudis de la Serna, de las referidas viejas.

"Tenemos, pues, que un pedazo de tierras de las que poseyeron Marcos Díaz y doña Juana de Alcalá; un derecho de una cuarta parte de los que perteneció a doña María Díaz de la Serna, y que el otorgante compró a don José Vásquez, cura que fue de Anserma; y las partes que heredaron Gregorio Clavijo y Gertrudis Clavijo, de Francisco Clavijo y de Gertrudis Díaz de la Serna, fue todo lo vendido por el referido instrumento.

"Se dice en el mismo instrumento que las tierras 'que así se venden están en el sitio que llaman del **Real**, término de la jurisdicción de Anserma, a orillas del río Cauca, con quien **confinan y demarcan**, en la latitud y enfrente demarcan con la loma alta que va para los **Chancos**. Y en latitud demarcan, por la parte que mira hacia Anserma, con el río de los **Chancos**. Y por la parte de arriba, que señala hacia Toro, confinan con dos cerritos, que a uno llaman la **Matarredonda** y al otro **El Morro**. Y para mayor claridad, dichas tierras comprenden desde enfrente del paso real de Cauca, que hoy posee don Francisco Fresneda, hasta en derecho de la boca del zanjón de **Aguaprieta**, orillas corridas de dicho Cauca; con la orilla y parte de la ciénaga que la demarca.....'

"Y sigue la escritura: 'dichas tierras así contenidas dentro de los **linderos** y **demarcaciones** expresadas, se las vende con todas sus entradas y salidas.....'

"Se dice también:

'Y es de advertirse que las tierras contenidas en esta escritura, **con las que la rodean,** están proindivisas entre el vendedor y otros herederos; y por si llegare el caso de dividirlas, es condición que siempre al comprador se le ha de dar juntas en el territorio asignado las partes y dro. que así dentro de los linderos asignados lleva vendidos.'

"Se observa que para determinar las tierras y derecho vendidos, emplea la escritura dos términos con distinto significado, a saber: **confinar y demarcar.** Con la primera palabra se expresan los linderos especiales; con la segunda (demarcar), únicamente se expresan los puntos de referencia que determinan la situación de terreno. Así las tierras vendidas demarcan o están comprendidas entre el río Cauca y la **Loma Alta** que va para los **Chancos,** por dos lados opuestos; por los otros dos están determinadas de manera general, por el río Cauca, por las curvas de éste, y por la parte que mira hacia Anserma, con el río de los **Chancos.** Pero de estas demarcaciones empleadas para indicar la situación del terreno, como se emplean hoy los puntos cardinales, sólo el río Cauca sirve de lindero especial en toda la extensión del lote, y por eso la escritura, al mencionar las orillas del río Cauca, dice que las tierras vendidas confinan y demarcan en la latitud o en extensión con dichas orillas.

"Los otros linderos especiales que señala la escritura, como opuestos al río Cauca, por la parte que mira hacia Toro, son dos cerritos llamados **Matarredonda** y el **Morro;** al hablar de éstos, emplea la palabra **confinar;** éstos no le sirven de demarcación al terreno, sino de lindero especial; y como indica, para mayor claridad, el frente del paso real de **Cauca** en ese entonces, como punto de partida del lindero que constituye ese río, es claro que uniendo este punto con el opuesto, que es el cerrito del **Morro,** queda cerrado el perímetro de las tierras vendidas, cerramiento que se hace con una línea, por no tratarse de linderos arcifinios.

"El empleo de las palabras expresadas con el significado dicho, resulta de la escritura, hasta por la forma de la relación; primero se expresan los puntos de demarcación o cardinales; luégo, los que expresan los linderos especiales, los que expresan confín. Además, la **Loma Alta** que va para los **Chancos,** no puede expresar lindero, porque entonces quedaría el fundo con dos linderos distintos por un mismo lado, representados por dos líneas paralelas, el uno de la **Loma Alta,** el otro, la línea que une los puntos de **Matarredonda** y **Morro,** que quedan en una misma dirección Sur-Norte, en las primeras prominencias del terreno, yendo de **Cauca** hacia **La Loma,** o de Oriente a Occidente.

"También se justifica la distinción entre los dos términos dichos, porque la escritura reza en otro lugar que 'las tierras así contenidas dentro de los **linderos y demarcaciones** expresadas,' por lo cual se ve que las dos palabras, **lindero y demarcación,** se emplean en sentido distinto; y, finalmente, no puede admitirse el río de los **Chancos** 'como lindero especial de las tierras vendidas,' sino como demarcación o punto de referencia, porque la escritura dice al final que las tierras vendidas están rodeadas por las de **El Real;** y si es así, no puede ser el río de **Los Chancos** lindero de dichas tierras.'

"A la escritura estudiada le sigue en antigüedad la de mil ochocientos cuarenta y tres.

"Por ésta, Manuela Ortiz vende a José Ignacio Mendoza y Manuel María Mendoza y Suárez, el terreno denominado **El Guanábano,** comprendido dentro de los linderos siguientes: por la parte del Cauca, desde el paso frente de la casa que fue de don Francisco Javier Fresneda, así (sic), a esta banda del citado río y de dicha derechera del paso, corriendo el río de Cauca hasta el frente del desemboque del zanjón de **Aguaprieta,** que se halla igualmente en este lado (lado oriental o de Cartago), y **demarcan** con la **Loma Alta** que va para **Los Chancos;** con la parte que mira hacia Anserma, demarcan con el río **Chanco;** y por la de arriba, que señala hacia ciudad de Toro, **confina** con dos cerritos, llamado el uno la **Matarredonda** y el otro **El Morro;** como todo consta de la diligencia de posesión del terreno de que se ha hecho mérito, se le dio al señor José María Murgueitio, en cuatro de septiembre de mil ochocientos veintitrés, y se le entrega a los compradores."

"La escritura número 71, de mil ochocientos cincuenta y tres, que alindera sólo una parte de **El Guanábano,** fue apreciada por el Tribunal, no como alinderación general del globo, sino parcial, para determinar el lindero sur, que corre hacia el río Cauca, apreciación correcta, pues no tomó esa escritura como de todo **El Guanábano,** sino de una parte, y para determinar una línea.

"Por esta escritura José Ignacio Mendoza vende a Francisco María Bermúdez y Manuel José Martínez una parte del terreno denominado **El Guanábano,** bajo los siguientes linderos:

'Siete varas de la esquina de la casa del lado sur, se entiende del corredor que da su frente al río, para arriba, y de allí, línea recta, hacia las tierras de **El Real,** hasta donde pasa la **línea que baja** del lindero de **Los Abejones,** es decir, comprendiendo toda la latitud del terreno del vendedor; y de estos dos puntos para abajo, todo el terreno que, según los documentos de propiedad, le corresponden al expresado vendedor, tanto en latitud como en longitud, quedando a éste la parte de arriba, que hoy sirve de manga y potrero, y consta de cinco cuadras noventa y cuatro varas, contadas desde donde ha vendido hasta frente del desagüe del zanjón de **Aguaprieta,** con la correspondiente latitud, y a más, le ha vendido con el terreno mencionado, la casa ubicada en él.'"

Tampoco es exacto que el fallador haya tomado los linderos de las escrituras números 138, de nueve de junio de mil novecientos once, y 323, de primero de diciembre del mismo año, como si ellas alinderaran todo el globo de **El Guanábano.** A este respecto dijo el Tribunal:

"Los títulos posteriores son otorgados ya por el señor Candela, quien conserva los linderos de **El Guanábano** que fijan las escrituras anteriores, con excepción de la última, en parte, por escritura número 323, de primero de diciembre de mil novecientos once, por la cual se corrige la 138, de nueve de junio del mismo año, que había alterado dichos linderos por el Norte.

"En las escrituras 323, de primero de diciembre de mil novecientos once; 353, de veintiséis de diciembre de mil novecientos once, y 202, de veintiocho de marzo de mil novecientos trece, otorgadas todas en Cartago, por Demófilo Candela y los señores Boteros, el terreno que hay al norte de **El Guanábano,** y que se interpone entre este fundo y el río Chanco, pertenece al **Real.**

"En la demanda de deslinde, como se ha visto, Candela dio al terreno de **El Guanábano** los siguientes linderos: por el Sur, Occidente y parte del Norte, con las tierras del **Real,** y por el Oriente, el río Cauca.

"De modo que por una sucesión de títulos, desde mil setecientos cincuenta y dos hasta mil novecientos trece, no interrumpida sino en mil novecientos diez, de manera injustificable, el terreno de **El Guanábano** ha tenido por el Norte, de límite, las tierras del **Real**, y no el río **Chanco.**"

Esas escrituras sirvieron para determinar el lindero Norte, es decir, para demostrar que por ese lado **El Guanábano** no llega al río **Chanco.**

Considera el recurrente que el Tribunal incidió en error de hecho, al apreciar la demanda inicial de esta causa, en la que Candela dice que **El Guanábano** limita por el Norte con **El Real**, sin fijarse que se agrega **en parte.**

El Tribunal dio comienzo a su fallo insertando la demanda de deslinde propuesta por Candela, y en ella dice que **El Guanábano** limita al Sur, Occidente y parte del **Norte** con tierras de El Real, pero en ninguna parte del fallo se cita la demanda como base o apoyo de la decisión; de suerte que el Tribunal no la apreció e interpretó para fundar en ella su fallo.

El sentenciador sí tomó en cuenta la escritura número 407, de veintinueve de diciembre de mil novecientos diez, y la apreció. Ello se demuestra leyendo este aparte del fallo:

"Los linderos de **El Guanábano**, que consagran todas las escrituras relacionadas anteriomente, son alterados en la parte norte de **El Guanábano**, por la escritura número 407, de veintinueve de diciembre de mil novecientos diez, por la cual José Ignacio Rivas vende sus derechos en **El Guanábano**, al que se le señalan estos linderos: por el Sur, con terreno que fue del señor José Ignacio Mendoza; por el Occidente, tierras del **Real**; por el Norte, el río Chanco, y por el Oriente, el río Cauca.

"Nada hay en los autos que explique la alteración del lindero Norte de **El Guanábano**. La adjudicación que se le hizo a José Ignacio Rivas en la mortuoria de Amadora Villegas, del derecho que ahora vende, señala como límite de **El Guanábano**, por el Norte, con terrenos del **Real**, Esto fue en mil novecientos siete.

"Por otra parte, la escritura es de fecha reciente, y su fuerza informativa y probatoria, en cuanto a los límites de **El Guanábano**, por el Norte, queda completamente anulada al compararla con las anteriores, superiores en número y en antigüedad.

"Los títulos posteriores son otorgados ya por el señor Candela, quien conserva los linderos de **El Guanábano** que fijan las escrituras anteriores, con excepción de la última, en parte, por escritura número 323, de primero de diciembre de mil novecientos once, por la cual se corrige la 138, de nueve de junio del mismo año, que había alterado dichos linderos, por el Norte.

"En las escrituras 323, de primero de diciembre de mil novecientos once; 353, de veintiséis de diciembre de mil novecientos once, y 202, de veintiocho de marzo de mil novecientos trece, otorgadas todas en Cartago por Demófilo Candela y los señores Boteros, el terreno que hay al norte de **El Guanábano**, y que se interpone entre este fundo y el río **Chanco**, pertenece al **Real.**

"En la demanda de deslinde, como se ha visto, Candela dio al terreno de **El Guanábano** los siguientes linderos: por el Sur, Occidente y parte del Norte, con las tierras del **Real**, y por el Oriente, el río Cauca.

"De modo que por una sucesión de títulos, desde mil setecientos cincuenta y dos hasta mil novecientos trece, no interrumpida sino en mil novecientos diez, de manera injustificable, el terreno de **El Guanábano** ha tenido por el Norte, de límite, las tierras del **Real** y no el río **Chanco.**"

Es de tenerse muy en cuenta que el señor Candela considera que el predio de **El Guanábano** no linda por el lado Norte con los ríos Cauca y Chanco, y así lo advierte en la escritura número 323, de primero de diciembre de mil novecientos once, que modifica la número 138, de nueve de junio de mil novecientos once, por la cual le vendió a los señores Boteros 152 plazas de terreno del indiviso de **El Guanábano**, fijándoles como lindero por el Norte, los ríos Cauca y Chanco.

Ya se han visto los comentarios que el sentenciador ha hecho de los títulos de los años mil ochocientos cuarenta y tres y mil ochocientos cincuenta y tres, como alinderaciones generales del globo de terreno de **El Guanábano**; luego no es exacto el cargo del recurrente, de que el fallador no los haya apreciado, o los haya declarado inadmisibles ante las escrituras posteriores; por el contrario, ellas le sirvieron de fundamento preciso para llegar a la conclusión a que llegó. Escrituras que fueron interpretadas haciendo la distinción entre **demarcar** y **confinar.**

No prosperando estos errores, no cabe la violación de las disposiciones citadas por el recurrente como consecuencia de ellos.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos veintiséis.

Segundo. Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—Juan N. Méndez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez. Francisco Tafur A.—El Secretario en propiedad, Augusto N. Samper.

—

SALVAMENTO DE VOTO

de los señores Magistrados doctores Juan N. Méndez y Francisco Tafur A.

El recurrente acusó la sentencia del Tribunal por error evidente de hecho en la apreciación de estas tres pruebas:

a) La sentencia del Tribunal de Buga, fecha veintitrés de octubre de mil novecientos veinte, dictada en el juicio de oposición a la acción de deslinde que precedió a la actual.

b) La escritura número 138, de nueve de junio de mil novecientos once, a que este fallo se refiere.

c) La inspección ocular practicada en aquel primer juicio el veintiocho, el veintinueve y el treinta de enero de mil novecientos diez y ocho.

"Consiste el error—dice el recurrente—en que estando declarado y reconocido y comprobado ya que **El Guanábano** mide más de 152 plazas, vendidas por Candela a Botero, y estando sentenciado de modo definitivo por aquella sentencia, entre las mismas partes, que fuera de la propiedad de Botero dentro del globo de **El Guanábano**, existe otra extensión de este mismo terreno que está en comunidad, de la cual es partícipe Candela, sin embargo, la nueva sentencia del Tribunal, materia del presente recurso, aprueba como alinderación de todo el globo de **El Guanábano**, un polígonal que encierra tan sólo esas 152 plazas o menos."

Para dar acertada inteligencia a este cargo, es preciso prestar atención a los antecedentes que motivaron el juicio en que se dictó el fallo que se considera apreciado con error.

La demanda sobre deslinde, entablada por Candela, fue contradicha por Emilio, Alfredo y Alfonso Botero, fundándose en que el demandante había dejado de ser dueño de **El Guanábano**, porque este terreno tenía la extensión de 152 plazas, las cuales había enajenado Candela a los tres opositores.

Candela contradijo tales aserciones.

La litis que tuvo origen en esa oposición, se concretó a estas cuestiones principales:

Que siendo cierta la venta de las 152 plazas a los Boteros, quedó sin enajenarles el resto de **El Guanábano**; y que, por lo mismo, era desmedida su pretensión a que se declarase a Emilio Botero como único dueño de todo el predio.

El Tribunal, en recurso de apelación, decidió el pleito así: declaró **infundada** la oposición al deslinde, y absolvió a Candela, a quien reconoció el derecho a proseguir su demanda de deslinde. Y respecto de los opositores Boteros, declaró que, a pesar de la escritura número 138, no eran dueños únicos de todo el terreno de **El Guanábano**.

Como todo el pleito había rodado únicamente sobre la cuestión de hecho, de cuál era la extensión verdadera de **El Guanábano**, quedó decidida desde entonces con la absolución de Candela y la declaración en contra de la pretensión de los Boteros, en estos dos puntos:

1º Que el globo de **El Guanábano** tenía una superficie mayor de 152 plazas; y

2º Que existía una comunidad constituída en ese mismo terreno.

Y se dice que estos puntos quedaron decididos como base necesaria de la futura alinderación, porque la fórmula general e indefinida de **"absuélvese al demandado,"** no puede determinarse concretamente respecto de su naturaleza y alcance, sino correlacionándola con la parte motiva del fallo que originó la absolución. Para estos casos, la Corte Suprema tiene sentada la siguiente doctrina:

"Cuando los motivos de la sentencia son, no ya simples móviles de la determinación del Juez, sino que se ligan íntimamente al dispositivo, y son como el alma y nervio de la sentencia, constituyen entonces un todo con la parte resolutiva, y participan de la fuerza que ésta tenga." (Casación, 21 marzo 1916).

Demostrado que la base puesta por la sentencia de mil novecientos veinte, como necesaria para que la alinderación pudiera llevarse a cabo, fue la de que la superficie excedía de 152 plazas, es completamente fuera de razón que al verificar el deslinde de todo el globo de **El Guanábano**, pueda adoptarse una delimitación que reduce la extensión del terreno a menos de la misma dimensión que había sido desechada de antemano por una sentencia.

La mayoría de la Corte, en vez de prestar la atención debida a este cargo del recurrente, lo elude en el fondo. Su sentencia se limita a transcribir uno de los fallos que contiene la decisión del Tribunal, el más insignificante, por cierto:

"No hay lugar a declarar que el señor Emilio Botero es dueño único de todo el predio de **El Guanábano**, determinado por la escritura 138"; y razona así:

"La sentencia del Tribunal que aprobó con posterioridad la línea divisoria entre **El Guanábano** y **El Real** no contradice, según se ve, el fallo de veintitrés de octubre de mil novecientos veinte."

Es este todo el razonamiento.

Bien se ve que la sentencia de la Corte prescinde de citar el principal y verdadero fallo que contiene la sentencia de mil novecientos veinte, y sobre el cual versa el cargo del recurrente. Ese fallo es éste:

"Se absuelve al demandado de los cargos de la demanda."

¿De cuál demanda? De la oposición al deslinde pedido. ¿En qué se basaba esta oposición? En que el opositor pretendía ser dueño exclusivo de todo aquel globo de **El Guanábano**, por haber comprado al demandante Candela 152 plazas en aquel terreno. ¿Qué decidió el Tribunal? Que tal globo tenía una extensión no solamente mayor de 152 plazas, sino que alcanzaba, según el informe del ingeniero doctor Varón, a 352 plazas; dictamen **"que las partes litigantes han aceptado hasta para fundar en él sus pretensiones encontradas"** (folio 279, cuaderno 1º). Y por esta razón, por esta única razón, pronunció la absolución y dio curso a la acción de deslinde.

Si esto declaró el Tribunal en el primer fallo, y luégo otra sentencia ulterior aprueba un deslinde que reduce la superficie de **El Guanábano** a menos de 152 plazas, el error es de evidencia matemática, y la Corte no puede dirimir la controversia que al respecto se ha suscitado, apoyándose en un considerando tan simple como éste:

"La segunda sentencia no contradice a la primera."

El canon constitucional (artículo 16), que impone a Magistrados y Jueces el deber de que "toda sentencia será motivada," y el artículo 836 del Código Judicial que lo desarrolló, son disposiciones de rigurosísimo cumplimiento, que obligan al juzgador a penetrarse bien de las cuestiones que se plantean ante ellos, a estudiarlas en todos sus aspectos, a exponer los fundamentos de su resolución, no como se quiera, sino "expresando precisamente las disposiciones legales o las razones de equidad o de justicia."

***

A mayores reparos se presta la sentencia de la Corte, en lo que respecta a la acusación del recurrente por error evidente de hecho y consiguiente error de derecho en la apreciación de los diversos títulos referentes al dominio del globo de **El Guanábano** en diversas épocas.

El cargo conciso, pero comprensivo y muy claro, es éste:

"Las escrituras que estudió el Tribunal, desde la de mil setecientos cincuenta y dos y la de mil ochocientos cuarenta y tres, títulos primitivos y originarios de la propiedad de **El Guanábano**, hasta la 136, de mil novecientos once, correlacionadas con las de mil ochocientos cincuenta y tres, mil ochocientos ochenta, mil ochocientos ochenta y nueve, mil novecientos ocho y otras, fueron estimadas con error evidente, porque 'el Tribunal confunde una parte de **El Guanábano** con su todo, pues no cae en la cuenta que las escrituras posteriores a las dos primitivas de mil setecientos cincuenta y dos y mil ochocientos cuarenta y tres, que se dejan citadas, son determinantes, cada cual, de la porción, fundación o mejora que por medio de ellas se transfiriera, y no pueden infirmar las escrituras anteriores determinantes del fundo dentro del cual se hallaban aquellas porciones, que fueron enajenadas en lo sucesivo como parte de un todo.'"

Y para darle aplicación concreta a este cargo, el recurrente compara los linderos expresados en las dos escrituras primitivas con los que se han acogido por el Tribunal.

Son los primeros: por la parte de Cauca, desde el paso frente a la casa que fue de Francisco Javier Fresneda hacia esta banda del río Cauca, y de dicha deresera del paso, corriendo el río Cauca arriba, hasta frente al desemboque del zanjón de **Aguaprieta,** que se halla igualmente en este lado, y demarcan con la **Loma Alta** que va para **Los Chancos** con la parte que mira hacia Anserma con el río Chanco, y por la de arriba que señala hacia la ciudad de Toro, confina con dos cerritos llamados, el uno, **Matarredonda,** y el otro, **El Morro.**

Son los segundos:

"El límite divisorio de los predios de **El Guanábano** y **El Real** es una línea poligonal que, arrancando del enfrentamiento del desagüe del zanjón de **Aguaprieta,** pasando por **Matarredonda,** termine en la falda de la loma reconocida, como que en ella existió la casa de **El Real,** y de aquí, hacia el Oriente, termine en la ribera izquierda del río Cauca, frente al sitio en donde existió la casa de Francisco Javier Fresneda."

A esta acusación tan radical y precisa, la mayoría de la Corte responde:

"La sentencia del Tribunal no declara que habiendo diferencias en cuanto a linderos y extensión entre el título de mil setecientos cincuenta y dos y el de mil ochocientos cuarenta y tres, de la propiedad de **El Guanábano,** y las escrituras posteriores que se refieren a actos posteriores de enajenación de porciones de esta finca, hayan de prevalecer los designados en estas últimas sobre los expresados en aquellos dos títulos originarios. Lo que la sentencia sostiene, después de un estudio comparativo de todos los títulos, es que los instrumentos públicos y otros documentos posteriores a las escrituras de mil setecientos cincuenta y dos y mil ochocientos cuarenta y tres, lejos de ser antinómicos, guardaban armonía, con alguna diferencia pequeña en alguno de ellos, en lo relativo a la alinderación de **El Guanábano.**"

Concluye, en efecto, la sentencia, resumiendo aquel estudio comparativo así:

"La escritura de mil setecientos cincuenta y dos, que crea **El Guanábano,** no está en oposición ni en contradicción con los demás títulos expedidos acerca de él, y en que se determina su situación y linderos, a excepción de la escritura de mil novecientos diez, en la parte norte, como se ha visto."

Basta observar que esta argumentación del Tribunal, que tan sólida halla la mayoría de la Corte, es simplemente absurda.

Cuando se combate un juicio, una aserción, en el concepto de que los límites que determinan un terreno que hacía parte de otro mayor, no pueden ser los mismos que demarcan este todo; no se argumenta que los límites parciales estén en conflicto y contradicción con los generales, lo que se sostiene es que no pueden ser idénticos en razón del simple enunciado del axioma de evidencia matemática de que la parte no puede ser igual al todo. Este fue el cargo del recurrente, quien acusó la sentencia en razón de haber hecho prevalecer en materia de límites, títulos parciales por sobre títulos que abarcaban todo **El Guanábano.**

La mayoría de la Corte ya se ve cómo responde el cargo. Y otra habría sido su respuesta, si se hubiera tomado el pequeño trabajo de analizar en encadenamiento uno a uno los títulos tan toscamente estudiados por el Tribunal. Y basta hacer una brevísima reseña de ellos para demostrar que es fundado el cargo del recurrente.

La mayoría de la Corte declara con razón que los títulos que dan la alinderación general de **El Guanábano** son las escrituras 1752 y 1843, las cuales coinciden en la descripción de aquellos linderos totales.

En esta última escritura ya se dividió el globo en dos mitades, a virtud de la venta que hizo la dueña a José Ignacio Mendoza y a Manuel María Mendoza. Dos ramas de propiedad nacieron de aquí, una de las cuales, la de José Ignacio Mendoza, es la única que se ha hecho intervenir en este pleito.

Este Mendoza vendió por escritura número 71, de ocho de julio de mil ochocientos cincuenta y tres, a Francisco María Bermúdez y Manuel José Martínez, **una parte de su mitad** de **El Guanábano, y se reservó otra,** ambas determinadas por linderos especiales.

La parte de Manuel José Martínez fue inventariada a su muerte, y adjudicada a su esposa María Dolores Canarte y a sus cuatro hijos, María del Carmen, Eudoro, María Jesús y Angelina, llevando la mayor parte la cónyuge. Importantísima es la situación, cabida y demarcación que a **El Guanábano** se da: "ubicado a la orilla izquierda del río Cauca, enfrente del paso llamado **Guanábano,** que tiene diez y seis cuadras de frente a dicho río, y otras diez y seis, poco más o menos, de centro, hasta la falda de la loma en donde está situada la casa de **El Real.**"

Todos estos adjudicatarios vendieron sus porciones en común a Narciso Villegas (folio 70, cuaderno 1°).

Narciso Villegas vendió la mitad del terreno a ciertas personas, y donó la otra mitad a unas nietas suyas.

Todas estas porciones que fueron transmitidas luégo a título de herencia a varios asignatarios, las adquirió Demófilo Candela, actual demandante del deslinde de **El Guanábano,** quien adquirió también por compra la parte que se había reservado José Ignacio Mendoza en la escritura de mil ochocientos cincuenta y tres.

Resulta, pues, que Candela se hizo dueño de la mitad del globo de **El Guanábano,** el cual, como se deja dicho, quedó dividido en dos porciones iguales, por virtud de la venta que Manuela Ortiz hizo a José Ignacio y Manuel María Mendoza.

La sola porción de Martínez, comprendida en esa mitad, tenía una cabida de diez y seis cuadras de frente por diez y seis de centro, es decir, 256 plazas.

De la dicha mitad de **El Guanábano,** adquirida por Candela, éste vendió a Emilio Botero G. 152 plazas y le quedaron por consiguiente 104 plazas.

Ahora bien: la alinderación que se ha dado a **El Guanábano,** como si fuera el globo total de que hablan las escrituras de mil setecientos cincuenta y dos y mil ochocientos cuarenta y tres, tiene apenas una superficie de 150 plazas, según la inspección ocular practicada con intervención de peritos agrimensores en la segunda instancia de este juicio. Lo que quiere decir, de una manera indisputable, que se deslindó como globo total de **El Guanábano** la pequeña porción que Candela había vendido a Botero, quedando por fuera del deslinde la otra mitad de **El Guanábano** que la Ortiz vendió a Manuel María Mendoza, y que no se ha hecho figurar en el largo proceso a que ha dado lugar la demanda de deslinde.

Ya se dejó demostrado en la primera parte de este salvamento del voto que el Tribunal, al aprobar el mencionado deslinde, y la Corte al sostener este fallo, incurren en un error de evidencia matemática.

No pasamos inadvertidos el argumento que la mayoría de la Corte considera preciosísimo e irresistible para sostener el deslinde, a saber: "que el señor Candela con-

sidera que el predio de **El Guanábano** no linda por el lado Norte con los ríos Cauca y **Chanco**, y que así lo advierte en la escritura número 323, de primero de diciembre de mil novecientos once, que modifica la número 138 del mismo año, por la cual le vendió a los Boteros ciento cincuenta y dos (152) plazas de terreno del indiviso de **El Guanábano**, y en la cual se desdice del lindero Norte que les había puesto, a saber: los ríos Cauca y **Chanco**."

Este argumento, lejos de ser decisivo, va precisamente contra la tesis de la mayoría de la Corte.

Si un individuo es dueño de una finca pequeña situada dentro de un globo mayor de tierra que tiene linderos generales, y al enajenar esa finca pequeña, que tiene límites propios y especiales, va y le señala uno de esos linderos generales del globo, bien puede rectificar y sustituír el lindero especial al general; pero esto no quiere decir que sostenga o confiese que esa su finca pequeña sea idéntica al terreno extenso dentro del cual está situada.

Si el Tribunal y la mayoría de la Corte hubieran prestado estudio a ciertos documentos que figuran en el primer juicio sobre oposición a la acción de deslinde, allí habrían visto que en dos diligencias de inspección ocular y en una mensura se halló que, identificada la verdadera extensión de **El Guanábano**, mediaba una zona de 24 plazas 3 cuartillas entre el río Chanco y el lindero Norte de la finca vendida a los Boteros. Por esta razón, Candela, vendedor de buena fe, rectificó el lindero Norte.

Un inconveniente muy grave resulta de que un deslinde no quede completamente justificado, y es que ello puede dar lugar a futuros y costosos pleitos sobre reivindicación.

Bogotá, octubre 17 de 1930.

Juan N. Méndez—Francisco Tafur A.—Jiménez—Arango—Martínez—Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Alberto Baquero L. entabló ante el Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá, juicio ordinario contra el Municipio de esta ciudad, para que éste fuera condenado a pagarle a título de indemnización de perjuicios la suma de diez mil pesos ($ 10,000) moneda corriente, o cualquier otra, mayor o menor, que se probare legalmente en el juicio.

Son hechos en que se basa la demanda:

1º La Empresa del tranvía es de propiedad del Municipio de Bogotá.

2º El ocho de junio de mil novecientos veintitrés sufrió el demandante, en la carrera 7ª de esta ciudad, y entre las calles 13 y 14, una caída del carro número 7 del Tranvía Municipal.

3º Esta caída fue causada por un golpe que recibió de otro carro de los llamados cerrados, de propiedad del mismo Municipio.

4º El golpe fue recibido por Baquero cuando iban los dos carros en marcha y a bastante velocidad.

5º Baquero tomó el citado carro número 7 en la esquina de la calle 13 con la carrera 7ª.

6º Cuando él recibió el golpe que le causó la caída, iba aún en el estribo del carro que acababa de tomar.

7º Baquero pretendía pasar del estribo en que iba a un punto en uno de los bancos del citado carro.

8º El demandante no tuvo culpa alguna en el accidente.

9º La Empresa del Tranvía Municipal, y por consiguiente el Municipio de Bogotá, es directamente responsable de tal accidente, dadas las dimensiones de los dos carros y la distancia que separaba, en el lugar y tiempo del suceso, las dos líneas del tranvía.

10. Los conductores y especialmente el del carro que atropelló a Baquero, tuvieron la culpa de tal suceso.

11. La caída que sufrió Baquero le produjo varias contusiones y una fractura cuyo tratamiento y consecuencias (incluyendo honorarios de médicos, medicinas, días de inhabilidad, defectos físicos e incapacidad producida por ellos), le han causado graves perjuicios en dinero.

Se basa la demanda en los artículos 2341, 2349, 2355, 2357 del Código Civil; 258, 271, 283, 306, 318, 322 y 329 del Código de Comercio y otras disposiciones que se tendrán en cuenta.

El Municipio demandado se opuso a la acción.

El Juez lo absolvió.

Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha catorce de marzo de mil novecientos veintiocho, confirmó aquel fallo.

La misma parte interpuso casación. El recurso es admisible y se basa en la primera causal.

Primer cargo. Error evidente de hecho por haber dejado de apreciar el Tribunal las pruebas presentadas relativas a la culpa inicial en que incurrió la Empresa del Tranvía al colocar las líneas de la doble vía a una distancia tal que dadas las dimensiones de los carros que se mueven por ellas, permiten la contingencia de accidentes como el ocurrido al demandante Baquero. Las líneas están muy cercanas unas de otras y muy próximos los carros que las recorren, pues de otra manera no se explica la caída de un pasajero que trata de pasar de un estribo al interior del carro.

Se considera:

En derecho de casación, cuando se acusa una sentencia por error de hecho en la apreciación de pruebas, ya por haberlas estudiado con evidente error, ya por no haberlas considerado en absoluto, es necesario que el recurrente designe especialmente la prueba o pruebas respecto de las cuales exista el error, y el concepto en que fueron mal estimadas. "Se determinarán una a una las pruebas mal apreciadas," ordena el inciso 2º del artículo 9º de la Ley 90 de 1920. El recurrente al formular este motivo, prescinde de aquella designación individual y el cargo, por consiguiente, resulta ineficaz.

Segundo cargo. Violación de los artículos 322 y 306 del Código de Comercio.

Fue quebrantado el primero, según el recurrente, porque el Tribunal no tuvo en cuenta esa disposición, que establece para las empresas públicas de transporte la prestación no sólo de la culpa coexistente con el hecho generador del perjuicio, sino también de otras causas imputables a la misma empresa. La sentencia aprecia que hubo culpa del pasajero coetánea del accidente que le ocasionó el daño; pero nada considera sobre la culpa anterior a ese suceso, de la cual es responsable la empresa. El demandante adujo la prueba de hechos con los cuales acreditó que la empresa, por deficiencias de construcción, particularmente en lo relativo al tamaño de

sus carros y la poca distancia que separa las dos líneas de circulación que éstos recorren, ponía en peligro a los pasajeros que recibieran sus servicios y existe, por otra parte, también, la prueba de que la Empresa del Tranvía presta permanentemente el servicio en el estribo de los carros.

Y como consecuencia de estos antecedentes, el recurrente halla violado también por el Tribunal el artículo 306 citado, que dejó de aplicar, y el cual establece que la culpa grave o la leve del daño se presume en el porteador, quien para exonerarse de toda responsabilidad debe probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente.

Se considera:

Es cierto que la sentencia del Tribunal omitió considerar la cuestión que expone el recurrente, relativa a la responsabilidad de la empresa, procedente de estas causas:

a) Falta de previsión del riesgo que amenazaría a los pasajeros, al permitir la construcción de las dos líneas férreas tendidas en la carrera 7ª, entre las calles 13 y 14, a una distancia entre ellas de m. 1,93 solamente; a tiempo que los carros de pasajeros tienen una latitud de m. 2,47 los cerrados, y m. 2,44 los abiertos, dimensiones que relacionadas con la estrechez de distancia entre las dos líneas que recorren, provocan un peligro cierto para los pasajeros que ocupan el estribo del carruaje abierto, ya para viajar en él, ya para procurarse asiento en el interior.

b) Culpa de los empleados conductores al permitir que los pasajeros ocupen el estribo estando en movimiento el carro.

La construcción de las dos líneas con la distancia indicada, y la latitud de los carros, no son de suyo peligrosas, sino antes bien calculadas, con criterio técnico para el servicio a que está destinado el tranvía dentro y fuera de la ciudad. La disposición de los carros para el efecto de la entrada de los pasajeros sin correr riesgo, está prevista desde que se construyeron las dos líneas, en cada una de las cuales corre un carro que deja hacia su derecha una entrada contigua a la acera, libre de siniestro proveniente de carro que recorra la otra vía en dirección contraria.

Si el pasajero, menospreciando esta previsión, bien conocida de todos, toma otra entrada expuesta a ese riesgo que resalta a la simple vista, obra no solamente con imprudencia sino con atolondramiento, que originan culpa de su parte. La empresa no es, por tanto, responsable de la imprevisión o culpa inicial de que la acusa el recurrente.

En cuanto a la culpa que imputa a los empleados conductores consistente en permitir que los pasajeros ocupen el estribo estando el carro en movimiento, figuran en el proceso declaraciones de varios testigos que afirman que dichos empleados permiten que los pasajeros viajen en los estribos. El hecho es, además, público y notorio, hasta convertirse en un verdadero abuso. El agolpamiento de pasajeros en este sitio peligroso, no solamente se consiente sino que se procura por avidez de ganancia, pues estando lleno el interior de los carros, los empleados los detienen para que suba más gente a viajar en los estribos. No basta que un empresario establezca reglamentos para el servicio en que se ocupa, con el fin de precaver de peligro al público; sino que es preciso, para no incidir en culpa, que los haga ejecutar por sus agentes o empleados.

Pero si el abuso existe, resulta de la propia confesión del apoderado del demandante, que Baquero no sufrió el accidente por causa de estar viajando en el estribo, sino que según propias palabras del libelo, "cuando el General Baquero recibió el golpe que le causó la caída, iba en el estribo del carro que acababa de tomar, y pretendía pasar del estribo en que iba a un punto en uno de los bancos del citado carro."

Según esta declaración del mismo demandante, el siniestro provino de que Baquero en vez de tomar el carro, valiéndose del estribo, como era necesario, por el lado derecho de aquél y de la línea, según está dispuesto por la empresa y lo impone una mediana prudencia, se apresuró atolondradamente a subir por el estribo del lado opuesto, precisamente en la estrechura que dejan las dos carrileras, cuyo riesgo ha prevenido la empresa dejando el lado derecho con la debida amplitud para que los pasajeros hagan su entrada por allí. Si un viajero, quebrantando esta conocida precaución en el servicio, establecida de una manera general y presuponiendo en cada cual el instinto de propia conservación, se arriesga al peligro, culpa es suya, mas nó de la empresa que había obrado con previsión acertada y real.

La presunción de culpa en contra del porteador, que el recurrente alega, queda destruída con la prueba que se deja indicada.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

1º No hay mérito para casar la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha catorce de marzo de mil novecientos veintiocho; y

2º Son de cargo del recurrente las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de septiembre último.

En Bogotá, a primero de octubre de mil novecientos treinta y dos, se presentó en la Secretaría de la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de septiembre último.

Examinados los libros que se llevan en la oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	117
Entrados en el mes	21
Total	138

Estos negocios se hallan:

Abandonados por las partes	13
Devueltos a los Tribunales	13
En comisión	14
Archivados	4
En poder del Procurador	6
Con proyecto	17
Al estudio	1
En traslado a particulares	1
En actuación	64
Total	138
De este total se deducen 12 devueltos a los Tribunales y 5 archivados	17
Quedan pendientes	121

En el tiempo a que se contrae la visita, se dictaron 6 sentencias y 18 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor Cárdenas, 9; el doctor González Torres, 11, y el doctor Trujillo Arroyo, 13.

Se ordenó reclamar los siguientes asuntos: en el sumario contra el Magistrado del Tribunal de Bogotá, doctor Leovigildo Acuña, un despacho que debe diligenciar el señor Presidente del Tribunal Superior de esta ciudad; del Juez 3º Superior de Bogotá, el sumario en comisión contra los miembros del Concejo Electoral de Bogotá; del Presidente del Tribunal Superior de Neiva, el sumario contra los empleados de la Comisaría del Caquetá; del Alcalde de Cartagena, el sumario contra los Magistrados del Tribunal Superior de esa ciudad; del Juez 3º del Circuito de Bogotá, el sumario contra el señor Juan A. de la Espriella, Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena.

Sin observaciones y sin haber encontrado demoras en el despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, M. Galvis R.

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Con fecha once de agosto de mil novecientos veintiocho, el Juzgado 1º Superior de Medellín abrió juicio criminal con intervención del Jurado contra Germán Taborda, acusándolo del delito de homicidio perpetrado en la persona de Anacleto Restrepo; providencia que el Tribunal Superior confirmó el veintiocho de septiembre siguiente al fallar el recurso de apelación que interpusiera la defensa.

Surtidos los trámites respectivos, el Jurado profirió su veredicto así:

"¿El acusado Germán Taborda es responsable de haber herido voluntariamente con proyectil de arma de fuego (revólver) a Anacleto Restrepo, a consecuencia de lo cual murió éste inmediatamente; hechos ocurridos en el paraje denominado **Piedecuesta**, jurisdicción del Municipio de Amagá, en la noche del diez y siete de abril de mil novecientos veintisiete?"

El Jurado contestó:

"Sí, por agresión que inmediatamente antes del homicidio ejecutó Restrepo contra su compañero Pablo Emilio Pineda."

En acatamiento del veredicto, con fecha treinta de octubre de mil novecientos veintinueve, el Juez Superior sentenció al procesado a la pena de tres años de reclusión, y sus accesorias, como responsable en tercer grado de homicidio voluntario en los casos menos graves, con aplicación del artículo 602 en relación con el 587, inciso 1º, del Código Penal; sentencia que el Tribunal Superior reformó en el sentido de señalar al procesado la pena de seis años de presidio, estimando el homicidio como voluntario sin atenuación especial, y dando aplicación al artículo 600 ibídem.

Contra la sentencia de segunda instancia el procesado, por medio de su defensor, interpuso oportunamente recurso de casación, y como éste lo sustentara luégo en forma admisible para estudio de fondo, es procedente hacerlo, agotados como están los trámites que corresponden.

Invoca la demanda las causales 1ª, 3ª y 4ª, enumeradas por el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, y en apoyo de la primera de ellas alega que debió aplicarse al caso de autos el artículo 602 del Código Penal y nó el 600, por tratarse, en sentir del recurrente, del delito de homicidio en una de las hipótesis menos graves que la ley contempla; tesis que viene expuesta así:

"Los términos del veredicto colocan el homicidio en uno de los casos que exceptúa el artículo 600 que aplica el honorable Tribunal, y el artículo 602 es especial y se encuentra dentro de las excepciones de aquella disposición; de suerte que estando consagrado el artículo 602 para el caso especial del numeral 1º del artículo 587, no podía el Tribunal aplicar la pena de una disposición general.

"Es claro que el Tribunal incurrió en un error al citar el numeral 2º del artículo 587, en vez de citar el numeral 1º, pero no cabe argüir que no está previsto el caso, porque el Jurado no dijo: 'Sí, por agresión a la persona a quien acompañaba o a quien se acompañaba.' Porque en otras palabras quiere decir lo mismo el veredicto.

"La disposición especial se aplica siempre de preferencia a la disposición que tiene carácter general.

"El homicidio simplemente voluntario está reglamentado por los artículos 600, que es general; 602, que se refiere a los homicidios cometidos en riña provocada por el que murió, y el 604 y 605 que se refieren a los homicidios cometidos por ofensas, injurias, golpes, etc., **en el acto mismo.** Y por último, el 603, que se refiere a la riña no provocada y aceptada. De suerte que si el juzgador aplica el artículo 600 en el caso de un homicidio ejecutado por una agresión que inmediatamente antes del homicidio ejecuta el ofendido contra un compañero del matador, viola el artículo 602 que es especial y contiene la permisión de que hizo uso el Juez Superior. Se debió aplicar el inciso 2º del artículo 602 y la pena que señala esta disposición, porque el Jurado no planteó el problema de la responsabilidad entre seis a doce años de presidio, de que trata el artículo 600, sino la de tres a seis.

según la facultad que a los Jueces concede el inciso 2º del artículo 602 tántas veces citado."

Para resolver, se considera:

El relato de los hechos que contiene la sentencia del Tribunal, extractado de las declaraciones de testigos que sustentaron el enjuiciamiento, es a saber:

"Los testigos idóneos, hábiles e imparciales que estaban en la cantina de Abel Restrepo, y que con ellos se hallaban el occiso (sic) y su matador, deponen de una manera completa, clara y precisa, en cuanto al modo como pasaron los hechos: (ellos) se ocupaban en tomar licores en aquella tienda, y de pronto Pineda le mezcló cerveza a un trago de aguardiente que se había servido para Anacleto Restrepo, por lo cual éste—repetida la chanza por el mismo Pineda en otro trago que se iba a tomar—se manifestó disgustado, y sacó una navaja de barbero, y cerrada, la conservaba en la mano por detrás, y como Pineda no quisiera pelear, ni le hiciera caso, no obstante que Restrepo le decía 'infeliz,' de un momento a otro Germán Taborda se le dirigió a Restrepo, de revólver en mano, y diciéndole que no se aprovechara de un hombre 'humillado,' le hizo adentro el primer disparo; y como Restrepo saliera como de huída, lo persiguió y afuera le hizo dos disparos más, acertándole ambos, uno, que le causó la muerte instantánea, en el pecho, y otro en una mano."

El homicidio de que trata el veredicto, esto es, el cometido "por agresión que inmediatamente antes del homicidio ejecutó Restrepo contra su compañero Pablo Emilio Pineda," armoniza con el relato que se acaba de transcribir y se halla previsto y definido por el artículo 587 del Código Penal, en su inciso 1º, como uno de los casos generales de homicidio voluntario, cuya sanción se encuentra en el artículo 600 ibídem, mientras no existan o se demuestren elementos de especial atenuación, capaces de inclinar fundadamente el criterio del Juez de derecho en el sentido de hacer uso del poder discrecional que se le otorga por el inciso 2º del artículo 602.

En relación con la menor gravedad del homicidio de que se trata, y con base en la tercera causal, o sea, desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, el recurrente se expresa así:

"La calificación de los hechos criminosos en que interviene el Jurado le corresponde a éste, y a los Jueces Superiores de Distrito Judicial la aplicación de la Ley (eso dice el artículo 236 de la Ley 57 de 1887).

"De suerte que el Tribunal no puede—sin violar la Ley—decir que un homicidio calificado ya por el Jury —en uno de los casos menos graves—por tales o cuales declaraciones reviste 'toda la gravedad,' porque expresado (sic) aquello, el Tribunal empieza apartándose totalmente del veredicto proferido.

"¿Para qué, pues, decir que los testigos tales 'ponen de relieve toda la gravedad del homicidio en cuestión,' si el veredicto consulta fielmente las constancias procesales?

"Del veredicto del Jurado resulta con toda claridad la circunstancia de haber aparecido como móvil del delito una agresión por medio de la cual se provocó al homicida y que seguramente excluyó la premeditación.

"De suerte que aceptando el veredicto, el único modo de aplicarle la pena; sin apartarse de él ni contradecirlo y sin prescindir de él, es dándole aplicación al artículo 602 del Código Penal, porque es la disposición que contempla el caso de homicidio sin premeditación, y por agresión que **inmediatamente antes del homicidio** ejecutó la víctima contra la persona que acompañaba a Taborda.

"Con tanto mayor razón cuando el Jurado declaró expresamente la existencia de la circunstancia **agresión** que se deduce de las probanzas que obran en autos y por lo mismo es más jurídico y más legal y se conforma más con la naturaleza de las cosas acatando el veredicto que suprimiéndole la agregación, que es lo que prácticamente se hace al aplicar el artículo 600 para sentenciar en desacuerdo con la decisión del Tribunal popular.

"La defensa en el debate público no hizo uso de las declaraciones de Jesús María Chalarca, Aníbal Quirós, Vicente Penagos y Arturo Guerrero, sino de las mismas que recaudaron el auto de proceder. De la de Abel Restrepo, que a folios 20 expresa que Anacleto Restrepo perseguía a Pineda, quien le gritaba: 'yo no peleo, hombre.' En la que el mismo testigo rindió a folios 66 vuelto del expediente, en la que afirma que hubo agresión porque Restrepo perseguía a Pineda y éste se movía de un punto a otro. En la de Pablo Emilio Pineda, que a folios 111 pone de relieve la agresión peligrosa de que fue víctima; y en todas aquellas que el honorable Tribunal de Antioquia—a juzgar por los términos de su sentencia—no estudió ni pesó, ni vio en el expediente, no obstante haberse traído a los autos a petición de la defensa.

"En la misma declaración de Pineda, que a folios 4 vuelto y 5, pone de relieve el estado de ánimo de Taborda cuando afirma que éste le gritó al agresor: 'he, hombre, le vas a tirar a un hombre humillado.'

"Se aparta la sentencia del veredicto del Jurado, porque el proceso da cuenta de que Anacleto Restrepo avanzaba sobre Pineda con una navaja de barba—en la mano—y que Pineda retrocedía ante la agresión, diciendo que no peleaba. Da cuenta de que los testigos gritaban: no lo vas a cortar, no le vas a tirar. De todo esto se dio cuenta el Jurado entre cuyos miembros se encontraba el doctor Joaquín García Rojas, Magistrado que fue del Tribunal de Antioquia, por un período de tiempo de ocho años, es decir, dos períodos legales.

"Es claro que si el Jurado hubiera contestado la cuestión 'sí, por rechazar la agresión contra su compañero N. N.,' lo habría situado en la irresponsabilidad, porque eso no es otra cosa que legítima defensa. No lo expresó así, pero sí atenuó la responsabilidad al hablar de **agresión inmediatamente antes.**

"Agresión existe o existió de una manera palpable; y jurídicamente, agresión es un **amago** o **empleo** de fuerza material para causar un mal que pone en peligro a otro o los derechos de una persona. Eso y no otra cosa es agresión injusta, legal y moralmente. Todos los testigos están de acuerdo en afirmar que hubo agresión.

"Aplicar el artículo 600 del Código Penal equivale a desatender el veredicto del Jurado que hizo constar una circunstancia que atenúa la responsabilidad. Nada menos que una agresión cuyo significado jurídico ha desconocido el Tribunal de Antioquia para aplicar su exagerado rigorismo.

"Con la sentencia acusada se derrumba el sistema de juzgamiento con intervención del Jurado, porque ya sus decisiones que han sido intangibles por sus graves pode-

res de conciencia, son atacadas analizando prueba como lo estila actualmente el Tribunal de Antioquia en sentencias que han declarado injustos veredictos.

"¿Para qué Jueees de hecho si se derogan las leyes y se hace caso omiso de sus veredictos?"

No porque el veredicto haya dicho que Germán Taborda dio muerte a Anacleto Restrepo "por agresión que inmediatamente antes del homicidio ejecutó Restrepo contra su compañero Pablo Emilio Pineda," puede deducirse en buena lógica que se trate de un caso de homicidio especialmente atenuado, ya que, como atrás queda visto, la contestación del Jurado se amolda al caso general de homicidio voluntario que prevé y contempla el ordinal 1º, artículo 587, del Código Penal.

Nada importa a la atenuación que la demanda alega la agresión de que da cuenta el veredicto, si por otra parte del examen procesal resulta que la actitud agresiva del occiso para con Pineda fue más aparente que real, y que verdaderamente no puso en peligro la vida del acompañante de Taborda; por donde puede verse que el ataque a mano armada del matador, animoso y persistente, en lugar de restarle gravedad al delito, más bien pudiera aumentársela. Pero en todo caso la intervención de Taborda se manifiesta como inoportuna e innecesaria.

El Tribunal, por las razones claras que pueden leerse en su fallo, atribuye mayor valor probatorio a las declaraciones del sumario que a las producidas por la defensa; y como esta apreciación del juzgador de instancia no aparece afectada de error, ni se ha demostrado estarlo, debe conservarse en vigor, tanto más si se tienen en cuenta las consideraciones anotadas.

No existiendo, pues, circunstancias de especial atenuación que con fundamento en ellas pudieran dar lugar a hacer uso de la facultad discrecional otorgada a los juzgadores por el artículo 602 en su inciso 2º, es infundado el reparo que se le hace a la sentencia.

Y como la causal 4ª se apoya en la demanda en los mismos motivos ya estudiados, son bastantes las consideraciones que preceden para llegar a la conclusión de que no es casable el fallo del Tribunal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que ha sido materia del presente recurso interpuesto por el defensor de Germán Taborda.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres — Maximiliano Galvis R., Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Al Jurado reunido para decidir sobre la responsabilidad de Daniel Cabarcas por homicidio en la persona de Azael Rodríguez, le sometió el Juez Superior del Distrito Judicial de Barranquilla los siguientes cuestionarios que se transcriben junto con sus respectivas contestaciones:

"I. ¿El acusado Daniel Cabarcas Díaz es responsable de haber dado muerte a Azael Rodríguez, mediante un disparo de arma de fuego, de pequeño calibre, cuyo proyectil le causó una hemorragia interna y cuatro perforaciones intestinales, según la correspondiente diligencia de autopsia obrante a folios 13 a 14 vuelto; y en la ejecución de ese hecho, ocurrido el día doce de abril de mil novecientos veintisiete, en el Distrito de Repelón, procedió el acusado voluntariamente y con premeditación?"

El Jurado contestó: "Sí, pero sin premeditación."

"II. ¿El acusado Daniel Cabarcas Díaz cometió el hecho a que se refiere la cuestión principal con las siguientes circunstancias, o alguna o algunas de ellas, a saber: con alevosía o a traición y sobre seguro, o empeñando a la víctima en alguna riña o pelea provocada por el acusado, con ventaja conocida por parte de éste, o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad?"

El Jurado contestó: "Nó."

En desarrollo de ese veredicto el Juez de la causa, considerando aplicable el inciso 1º del artículo 602 del Código Penal y calificada la responsabilidad en el tercer grado, condenó al acusado a la pena principal de tres años de reclusión y a las accesorias correspondientes; igualmente lo condenó "a pagar por vía de indemnización a los herederos de Azael Rodríguez, los perjuicios causados por el delito."

En apelación el fallo anterior, el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, con fecha siete de abril del presente año, lo reformó en el sentido de elevar la pena principal a seis años de presidio, por estimar que la disposición pertinente era la contenida en el artículo 600 del mencionado Código Penal.

Contra ese fallo interpuso recurso de casación el defensor del condenado, el cual reúne todas las condiciones para que pueda estudiarse en el fondo.

Se invocan como causales de casación la primera y la segunda de las enumeradas en el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, siendo de advertir que únicamente se fundó la primera, pues la otra sólo incidentalmente se menciona en la demanda.

La extensa alegación del recurrente tiende en su primera parte a censurar el procedimiento del Tribunal por haber tenido en cuenta el artículo 600 del Código Penal, creyendo erradamente esa corporación, dice, que en todos los casos de homicidios simplemente voluntarios, la disposición que corresponde aplicar es esa, siendo así que ella misma exceptúa "los casos previstos en alguna disposición especial." Entre esas disposiciones especiales está la consignada en el inciso 1º del artículo 602, que era la que en su concepto debía haberse aplicado, pues el homicidio se cometió en una riña provocada por el que murió. Combate la tesis del Tribunal al no haber aceptado la concurrencia de las circunstancias de que habla esta disposición, sólo porque el Jurado no las reconoció, siendo así que éste no podía contestar acerca de su existencia por no haber sido interrogado sobre ellas.

Censura igualmente que al desechar el Tribunal la aplicación que del artículo 602 hiciera el Juez de primera instancia, no hubiera entrado a determinar "sobre la base de los hechos comprobados en el proceso,

cuál era la disposición aplicable al caso de homicidio voluntario contemplado."

Se considera:

Aun cuando es cierto que el artículo 600 del Código Penal, después de advertir que "el reo de homicidio simplemente voluntario sufrirá la pena de seis a doce años de presidio," agrega: "menos en los casos previstos en alguna disposición especial," tal cosa no significa que pueda el Juez arbitrariamente aplicar esas disposiciones especiales, con prescindencia del veredicto. Esas disposiciones especiales, como ya lo ha dicho en repetidos fallos la Corte, entrañan importantes cuestiones de hecho que sólo a los Jueces de conciencia corresponde decidir.

Esas disposiciones especiales, principalmente consignadas en los artículos 601 a 605 del mencionado Código, contemplan casos de excepcional atenuación dentro de los homicidios voluntarios, y esa fisonomía de atenuación, en forma tan importante y delicada, no puede darla sino el Jurado al resolver sobre la mayor o menor responsabilidad.

De suerte que la regla general, cuando se trata de homicidio simplemente voluntario, y cuando el Jurado no le ha agregado a su contestación circunstancia o hecho alguno en el cual pudiera basarse el Juez de derecho para aplicar uno de los artículos de que se viene hablando, es imponer la pena que prevé el artículo 600 del Código Penal, o sea, la de seis años de presidio. Sólo por excepción, y en virtud de la facultad que otorga el inciso 2º del artículo 602, puede el Juez aplicar una penalidad distinta a ciertos casos de homicidio simplemente voluntario, definidos en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, lo que se tratará de acuerdo con la demanda, más adelante.

En relación con el punto que se viene examinando, es decir, sobre la aplicación del inciso 1º del artículo 602, que señala como violado el recurrente por haberse dejado de aplicar, y con el fin de corroborar lo que se ha dejado expuesto, se transcribe a continuación lo que en casos semejantes ha dicho la Corte:

"...Estas disposiciones especiales, entre las cuales figuran los artículos 602 y 604 que invoca el recurrente, corresponden o se refieren a los homicidios excepcionalmente atenuados, y la aplicación de esas disposiciones especiales depende, principalmente, de lo que diga el veredicto. Si éste, como sucedió en el presente caso, no contiene modificación alguna, no obstante que la defensa solicitó del Jurado que agregara a su respuesta afirmativa las circunstancias de que tratan los artículos 602 y 604, mal podía el Juez de derecho, al aplicar la ley penal, tener en cuenta esas modificaciones que envuelven delicadas e importantes cuestiones de hecho que sólo a los Jueces de conciencia corresponde resolver." (Sentencia de 19 de septiembre de 1927).

"... Si el Juez pudiera encontrar declaraciones tácitas en las declaraciones del Jurado sobre elementos constitutivos o modificadores de un determinado delito, el distinto papel que nuestras leyes asignan hoy a los Jueces de derecho, quedaría invertido, y bien es sabido que a los primeros les corresponde la calificación de los hechos criminosos y a los segundos la sola aplicación de la ley."

"... ¿Y cuáles son los elementos para que, de acuerdo con lo expuesto, pueda aplicarse correctamente el mencionado artículo 602?

"Se necesita que del cuestionario propuesto al Jurado y de la contestación que éste dé, resulten los siguientes elementos o circunstancias:

"1º Que el homicidio se haya cometido en riña promovida por el que murió, ya directamente o ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras."

"2º Que cuando la riña se haya promovido, no directamente, sino por medio de ofensas, agresiones, etc., éstas sean:

"a) Graves;

"b) De las que excluyen premeditación; y

"c) Causadas al contrario para que éste provoque la riña.

"3º Que no haya habido traición ni alevosía por parte del homicida.

"En el caso que contemplamos, ni en el cuestionario propuesto a los Jueces de hecho, ni en el veredicto de éstos, se encuentran ninguno de los elementos o circunstancias mencionadas, cuya demostración presupone la aplicación del artículo 602 del Código Penal; luego mal puede pretender el recurrente que al no aplicarse ese artículo se violó la ley penal." (Sentencia de 26 de febrero de 1927, **Gaceta Judicial** números 1749-50).

Los reparos que en este capítulo de la demanda de casación se hacen a la sentencia del Tribunal no tienen, por consiguiente, apoyo legal.

Con fundamento en la misma causal, se alega que por lo menos era el caso de haberse dado aplicación al inciso 2º del mencionado artículo 602, o sea, considerar el homicidio como de los menos graves entre los definidos en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587. En el proceso existen, dice el recurrente, plenamente comprobadas, entre otras circunstancias, éstas:

"...que a la hora del suceso Cabarcas venía de su roza para su hogar e incidentalmente se detuvo en la esquina de la casa de Juana Viloria a atender a un amigo que lo llamó para entregarle una suma de dinero; que allí llegó Azael Rodríguez y lo provocó intimándolo, y en seguida le agredió tirándole un bastonazo, primero, y en seguida con su revólver, y por eso sacó el suyo; que su vida estuvo en peligro inminente, pues Rodríguez le hizo varios disparos hasta el punto de haber matado con uno de ellos a José Polo; que Rodríguez estaba prevenido contra Cabarcas y éste lo sabía; que no hubo por parte de Cabarcas traición, ni alevosía, ni crueldad, que la riña se trabó sin ventaja alguna para Cabarcas, que Cabarcas es y ha sido hombre sano, de conducta intachable."

Se ha dicho por la Corte, en las distintas sentencias que han dado origen a la jurisprudencia que el recurrente cita, que el Juez puede hacer uso de la facultad consignada en el inciso 2º del artículo 602, "aun cuando el veredicto no contenga modificación alguna"; pero también se ha dicho en ellas que los Jueces de derecho no pueden ejercitar arbitrariamente esa facultad, sino que sus conclusiones en relación con esa facultad, tienen que estar respaldadas con las constancias del proceso.

En casación no era suficiente afirmar, como se ha hecho, que están comprobadas en el proceso determinadas circunstancias, para deducir la menor gravedad del homicidio de que se trata, sino que era necesario que el

recurrente hubiera indicado en su demanda cuál o cuáles eran las pruebas que respaldaban sus afirmaciones, haciendo un análisis de ellas e indicando el valor probatorio de cada una. Y como el recurso de casación no constituye una tercera instancia, la Corte no puede oficiosamente entrar en ese estudio que omitió el recurrente, para deducir si en realidad puede tratarse de uno de los casos de menor gravedad a que se refiere el inciso 2º de la disposición varias veces mencionada.

Se ataca también la sentencia del Tribunal en cuanto en ella se condenó a Cabarcas al pago de daños y perjuicios que hubiera causado el delito, sin que se hubiera ejercitado por parte de los interesados la acción correspondiente. En apoyo de su tesis y después de argumentar que hoy no se puede hacer condenación oficiosa en tal sentido por estar reformada fundamentalmente la legislación anterior que existía sobre esa materia, cita como violadas, entre otras disposiciones, el artículo 22 de la Ley 104 de 1922 y el 87 del Código Penal.

Las tachas que la demanda presenta por este aspecto contra la sentencia del Tribunal, son fundadas. Para demostrarlo, basta transcribir lo que en los últimos fallos se ha expuesto sobre esa cuestión, principalmente en la casación de Solón M. Ortegón y Faustino García, de fecha treinta de agosto de mil novecientos veintisiete:

"...Entre los sistemas del avalúo y condenación oficiosa dentro del juicio criminal, y del mismo avalúo y condenación mediante el ejercicio de la acción correspondiente por la persona en cuyo favor se establece por la ley (y dentro del jucio criminal, guardando las correspondientes prescripciones, o bien en juicio civil independiente), sí hay verdadera incompatibilidad: son dos sistemas que no pueden coexistir.

"Y si se considera que el primero de dichos sistemas es el que establece el artículo 113 de la Ley 57 de 1887, y el segundo de ellos el que consagra el artículo 22 de la Ley 104 de 1922, ampliándolo, puede verse con claridad, aplicando las reglas relativas a la derogación tácita que, por un aparte, el artículo 113 de la Ley 57 derogó el 1500 del Código Judicial, y por otra, y en sentido inverso, que al entrar a regir el artículo 22 de la Ley 104, hizo un cambio radical del sistema hasta entonces existente, modificando el artículo 113, citado, y derogando tácitamente las disposiciones contrarias al nuevo sistema.

"Este encarna un procedimiento especial para el logro de la reparación de los perjuicios que al ofendido cause el delito, procedimiento que, como queda dicho, puede seguirse dentro del mismo juicio criminal, o en juicio civil separado, pero en ningún caso de oficio (artículo 39, Ley 169 de 1896).

"Desde el momento en que el artículo 43 de la Ley 104 incluye dentro de las disposiciones modificadas por la misma Ley el artículo 113 de la Ley 57, se hace preciso considerar que este último texto no puede subsistir en su integridad, sino en aquello que no contraríe al nuevo sistema, que elimina el procedimiento de oficio. Podrá entonces la parte interesada, si lo pide en legal forma, presentar las pruebas que estime conducentes, y el Juez fijará en la sentencia la suma que se deba al ofendido por indemnización; y ejecutoriada la sentencia prestará mérito ejecutivo, según el artículo 113, pero no podrá el Juez ordenar de oficio, desde que un juicio criminal se abra a prueba, que se proceda al avalúo de los perjuicios, ni condenar en la sentencia al monto que se deduzca de ese avalúo, cuando el ofendido no se ha hecho parte, porque esto no es conforme con lo que preceptúa el artículo 22 de la citada Ley 104."

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar falla: declárase que no hay lugar a condenar por perjuicios, por no haberse ejercitado la acción legal correspondiente, la cual queda por tanto vigente. En todo lo demás queda en firme la sentencia del Tribunal de fecha abril siete del presente año.

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

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

El Juzgado 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo, en auto de siete de mayo de mil novecientos veintinueve, abrió causa criminal con intervención del Jurado, contra Francisco Alvarez, por homicidio perpetrado en la persona de Delfina Molano. Confirmada esta providencia por el Tribunal Superior, con fecha cinco de julio siguiente, y llevado adelante el juicio, al Jurado que intervino se le sometió el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Francisco Alvarez, mayor de edad y natural de Monguí, es responsable de haber dado muerte, con intención y voluntariamente, a Delfina Molano, a consecuencia de una herida causada con proyectil de revólver, hecho cometido en las últimas horas de la tarde o primeras de la noche del ocho de septiembre de mil novecientos veintisiete, en el camino que de Nobsa conduce a Sogamoso, cerca del puente sobre el río Chicamocha o Ríogrande?"

El Jurado contestó: "Sí."

En atención al veredicto, el Juez 1º Superior profirió la sentencia de fecha once de diciembre del mismo año de mil novecientos veintinueve, en que condena a Alvarez como responsable en tercer grado de homicidio simplemente voluntario, a la pena de seis años de presidio y sus accesorias, con aplicación del artículo 600 en relación con el ordinal 6º del artículo 587 ibidem. Al proferir su fallo el Tribunal reformó el proferido por el Juez, pues aquella entidad consideró que debía hacerse en segundo grado la calificación de la delincuencia, y en tal virtud dispuso que el procesado sufriera la pena de nueve años de presidio.

Contra la sentencia de segunda instancia y en la oportunidad legal el procesado interpuso recurso de casación que dentro del término del respectivo traslado sustentó por medio de apoderado y en forma admisible para estudio de fondo, como procede a hacerse, surtida como está la tramitación correspondiente.

La demanda se basa en la causal primera, enumerada por el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, y se alega para sus-

tentarla, que en lugar del artículo 600 del Código Judicial en relación con el último inciso del artículo 123 ibídem, debió aplicarse el mismo artículo 600, pero en relación con la segunda parte del artículo 123, en consonancia con el 122, todo ello por cuanto la demanda sostiene que la calificación de la delincuencia debió hacerla el Tribunal en tercer grado, tesis que sustenta así:

"Resulta del plenario que hay un cúmulo de circunstancias atenuantes y sólo una agravante. Entre las primeras, el hecho ocasional de la embriaguez de Alvarez, por motivo de las fiestas de Nobsa; su estado inconsciente; la exaltación que produce el alcohol, avivando las pasiones por el momento; la ignorancia del reo; su condición social; su buena conducta; ser el primer delito que comete, y la agravante, de haber sido una mujer la víctima.

"El estado de embriaguez, hasta induce a absolver al delincuente, cuando no ha sido voluntario (sic) para proceder a la ejecución del delito. El expositor Concha dijo:

'El acto que se imputa como delito debe ser un acto inteligente y voluntario, y el individuo en estado de embriaguez completa es incapaz de hacer uso de sus facultades mentales.'

"Mas la sentencia recurrida da fuerza de prelación a una sola circunstancia agravante sobre la pluralidad de las atenuantes, y sobre todo la de excepcional valor, cual es la de la embriaguez que indujo locamente, inconscientemente, a sacrificar a una mujer. De ahí que la sentencia hubiese hecho la graduación en segundo grado."

En seguida la demanda cita extractos de la jurisprudencia de los Tribunales, y de sentencias de la Corte proferidas en años anteriores, en apoyo de los puntos de vista que sostiene.

Para resolver, se considera:

De acuerdo con las pruebas del informativo, los hechos sometidos a juicio se relatan en el auto de proceder, proferido por el Tribunal en la fecha arriba indicada (folio 78, cuaderno 1°), así:

"A un festival de carácter religioso, que el ocho de septiembre del año próximo anterior (mil novecientos veintiocho) se sucedió en la población de Nobsa, acudieron los esposos Siervo Ayala y Delfina Molano, vecinos de Firavitoba. En las primeras horas de la noche de aquel día emprendieron su regreso a su pueblo; mas, hé aquí que en el trayecto comprendido entre Nobsa y Sogamoso, cerca del puente sobre el Ríogrande, recibieron alcance de Jesús y Francisco Alvarez, vecinos de Sogamoso, quienes habían concurrido ese día a Nobsa atraídos por la festividad aludida. Estos mozos iban beodos, tratando mal a los transeúntes que en la vía alcanzaban; pues momentos antes de llegar a donde iban los esposos citados, Ayala y Molano, había tenido Francisco un altercado con Abel Abella, a quien puso un revólver en el pecho en ademán de ataque, tan sólo porque aquél procuró reprocharle alguna tropelía intentada por éste para con Betsabé Palacios, mujer de Abel y compañera de viaje igualmente. Jesús, en este primer incidente, asumió una actitud de pacificación, que obtuvo admirable resultado, pues logró impedir la airada reacción del esposo ultrajado en el honor de su consorte. Fue más adelante, al dar estos hombres alcance a Siervo y a Delfina, cuando se desarrolló la tragedia en cuya averiguación se ocupa este proceso; absolutamente sin motivo alguno, Francisco golpeó y de un puñetazo derribó al suelo a Siervo, hombre pacífico y humilde, que ni siquiera preguntó a su gratuito agresor la causa de su ataque. Fue la esposa de éste, Delfina, quien indignada naturalmente por aquel reprobable proceder de Francisco, inquirió airada la razón de su conducta; mas su reclamo fue contestado con un balazo en el abdomen, que le produjo la muerte poco tiempo después, en el hospital de Sogamoso, a donde fue conducida por sus amistades y por algunos agentes de policía aquella misma noche."

Estos hechos, por la manera como se desarrollaron, están dando cuenta de un homicidio que no admite la atenuación que se alega en la demanda en cuanto sostiene que debió calificarse la responsabilidad en tercero o ínfimo grado, y aun cuando solamente existiera como única la circunstancia agravante del sexo femenino de la víctima. Sobre esto, la disposición contenida en la segunda parte del artículo 123 del Código Penal, es terminante al exigir que no haya ninguna circunstancia agravante, para que quepa o sea admisible la calificación en tercer grado. Y esto tiene su razón de ser, porque no estaría de acuerdo con las normas de equidad y de justicia, que informan la jurisprudencia, el atribuír el mismo grado de responsabilidad a quien delinque, sin que exista circunstancia de agravación ninguna, y a la persona que consuma un hecho punible mediando una circunstancia que en sí misma agrava el delito, circunstancia que en muchos casos puede ser de gravedad extraordinaria. Nuestro Código Penal, como queda dicho, determina el tercer grado para cuando no hay ninguna circunstancia agravante y sí atenuantes, lo cual no corresponde al caso de Francisco Alvarez, ventilado en este juicio, pues existe una circunstancia de agravación.

Y aunque pudiera decirse que el caso de que se trata no podría equipararse a aquel en que hay varias circunstancias atenuantes y varias agravantes (que también se califica en segundo grado), por ser ello contrario a la justicia, debe observarse que precisamente para equilibrar mejor las sanciones en presencia de esa diversidad de casos que pueden presentarse y que se presentan a menudo, otorga el Código a los juzgadores el poder discrecional de que trata el artículo 124, donde se permite aumentar o disminuír las penas hasta una sexta parte de la diferencia entre el máximo y mínimo de la correspondiente, pero siempre, y en todo caso, sobre la base de lo estatuído en el artículo 123, donde se dan las reglas para la calificación de la delincuencia, que no admite un grado menor del tercero.

Y en el delito cometido por Francisco Alvarez no se presenta el caso de poder hacer uso de la facultad discrecional para disminuír en aquella sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena aplicable, con base en no existir sino una sola circunstancia agravante, porque en realidad de verdad se encuentra que aparte del sexo femenino de la víctima, están agravando el delito la indefensión de la persona que perdió la vida, merced a un ataque injusto, súbito e inmotivado, y la embriaguez del atacante, pues no se ha demostrado que fuera simplemente ocasional.

La doctrina sostenida en este fallo se encuentra en armonía con los extractos que cita el señor Procurador en su concepto, bajo los números 661 y 1826 del tomo 3° de la **Jurisprudencia de la Corte.**

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procu-

rador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que ha sido materia del recurso.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Parmenio Cárdenas en el fallo anterior.

En los casos en que la mayoría falladora ha sostenido que una sola circunstancia agravante es suficiente para calificar en segundo grado la responsabilidad, he salvado mi voto, exponiendo entonces las razones que he tenido para no compartir esa doctrina.

Considero innecesario reproducir íntegramente esas razones, que en esta ocasión resumo así:

a) Para la calificación en segundo grado se necesita, dice la última parte del artículo 123, concurrencia de "circunstancias agravantes y atenuantes," es decir, pluralidad de ellas.

b) Cuando el mismo artículo habla de que "si hubiere circunstancias atenuantes y ninguna agravante, la calificación se hará en tercer grado," significó que el tercer grado no puede ser aumentado, en ese caso, con la proporción de pena que señala el artículo siguiente, o sea el 124, por estar íntimamente relacionados; disposición esta última que, dicho sea de paso, es la que precisamente evita lo que en la sentencia se anota cuando se dice:

".... que no estaría de acuerdo con las normas de equidad y de justicia que informan la jurisprudencia, al atribuír el mismo grado de responsabilidad a quien delinque, sin que exista circunstancia de agravación alguna, y a la persona que consuma un hecho punible mediando una circunstancia que en sí misma agrava el delito."

c) Si no se aceptare la conclusión anterior, entonces hay necesidad de concluír que existe una contradicción entre los distintos apartes del artículo 123, y, por lo tanto, se impone el criterio de la interpretación favorable.

d) Sostener que una sola agravante, cualquiera que sea su naturaleza, es suficiente para la calificación en segundo grado de la responsabilidad, provocando así un aumento matemático de la pena, aun cuando ésta resulte alejada de la realidad, de las condiciones del delincuente y de la objetividad del delito, es ponerse la Corte en pugna con los principios universales que hoy rigen en materia de individualización de la pena, cerrando el paso a las actuales condiciones jurídicas y sociales.

e) Se dice en el fallo:

"Y en el delito cometido por Francisco Alvarez no se presenta el caso de poder hacer uso de la facultad discrecional para disminuír en aquella sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena aplicable, con base en no existir sino una sola circunstancia agravante; porque en realidad de verdad, se encuentra que aparte del sexo femenino de la víctima, están agravando el delito la indefensión de la persona que perdió la vida a merced de un ataque injusto, súbito e inmotivado, y la embriaguez del atacante; pues no se ha demostrado que fuera simplemente ocasional."

Si la casación, en vez de ser un recurso extraordinario fuera una tercera instancia, quizá podría justificarse el procedimiento que mis colegas consignan en el aparte transcrito, o sea el de buscar otras agravantes, distintas de la única señalada por la sentencia del Tribunal, con el fin de confirmar la calificación en segundo grado de la responsabilidad. Mas limitándose, como tiene que limitarse la Corte, a lo que ha sido materia de la demanda de casación, en la cual se estudia y examina la sentencia recurrida, es decir, la del Tribunal, no se puede oficiosamente buscarle fundamentos distintos e implícitos a esa sentencia, sobre todo en materia criminal, porque los recurrentes resultan vulnerados en sus propósitos y medios de defensa.

Y como de un error fácilmente se pasa a otro, de una agravante, o sea el sexo femenino se deduce otra circunstancia de agravación: "....la indefensión de la persona que perdió la vida merced a un ataque injusto," siendo en el fondo una misma; pues la primera reviste el carácter de tál, y eso no siempre, debido al estado de debilidad e indefensión propias de la mujer.

Y en cuanto a la embriaguez, no sé de dónde puedan deducir mis distinguidos colegas que no tuviera carácter ocasional. Ya en sentencia de fecha febrero veinte del año próximo pasado, en la casación de Tobías Fuentes, esta Sala, con la aprobación del Magistrado doctor Trujillo, pues allí está su firma, y no aparece que haya salvado su voto, se descartó aun la misma embriaguez voluntaria como agravante. En esa sentencia se dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

"Con respecto a la primera circunstancia agravante, o sea la embriaguez, son fundadas las objeciones que presenta el recurrente. La sola manifestación o reconocimiento del sindicado sobre su estado, no puede ser suficiente para demostrar la existencia de esa agravante, que tiene principalmente un carácter objetivo, fácil de establecer por distintos medios.

"Es posible, como lo apunta el apoderado, que el acusado hubiera inventado lo de la embriaguez, creyendo que así disminuía su responsabilidad, y entonces resultaría que un recurso de defensa, hasta cierto punto legítimo, más bien inocente, aun cuando infundado, se venía a convertir en una situación de agravación, lo que es absurdo e injusto.

"Además, la agravante de la embriaguez voluntaria, de que trata el numeral 9º del artículo 117 del Código Penal, tiene que tener alguna relación con el delito que se cometa, ya sea porque se llegue a ese estado con el fin de encontrar un estimulante para la más segura realización del hecho criminoso, ya porque el agente, a sabiendas del carácter belicoso que en él surja como consecuencia de la bebida, no tenga inconveniente en entregarse a ella, ya porque la embriaguez ha sido el principal factor en la comisión del delito.

"Y en el presente caso, ninguna de las anteriores o semejantes circunstancias concurrieron; pues aun aceptando que estuviera demostrada la embriaguez, la causa determinante del homicidio fue el haber pretendido el occiso Hernández soltar el alambre para pasar un semoviente, sin tener derecho para hacerlo, según la creencia de Fuentes, quien estimó que se violaba así su propiedad, cuestión que los funcionarios de instrucción no intentaron siquiera aclarar, como han debido hacerlo."

Por las razones anteriores, estimo que la sentencia recurrida ha debido casarse, en armonía con los términos de la respectiva demanda presentada por el apoderado del condenado.

Bogotá, octubre 21 de 1930.

Parmenio Cárdenas—Trujillo Arroyo—I. González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido en legal forma para decidir de la presente causa, se le sometió el siguiente cuestionario, conforme al auto de proceder:

Cuestión primera. "¿El acusado Ernesto Holguín es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Esteban Ortiz, por medio de una herida que le abrió con proyectil de arma de fuego, hecho que ejecutó en el paraje de **Lomas del Rodeo**, del Municipio de Anserma, en la noche o madrugada del día veinte de febrero de mil novecientos veintiocho?"

Cuestión segunda. "¿El acusado Ernesto Holguín es responsable de haber quitado, a sabiendas, la vida del agente de Policía Esteban Ortiz, cuando se hallaba en actual ejercicio de sus funciones y por razón de su ministerio, hecho cumplido en el paraje de **Lomas del Rodeo**, del Municipio de Anserma, en la noche o madrugada del veinte de febrero de mil novecientos veintiocho?"

Cuestión tercera. "¿El acusado Ernesto Holguín es responsable de haber herido, a sabiendas, al agente de Policía Juan N. Tobón, cuando se hallaba en actual ejercicio de sus funciones y por razón de su ministerio, hecho consumado en el paraje de **Lomas del Rodeo**, del Municipio de Anserma, en la noche o madrugada del día veinte de febrero de mil novecientos veintiocho?"

La primera pregunta fue contestada por la mayoría de cuatro miembros del Jurado de manera simplemente afirmativa. Las otras dos fueron absueltas negativamente.

Aceptado en totalidad este veredicto, y basado en él, el Juzgado del conocimiento, 1º Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de fecha veintidós de marzo del año corriente, condenó al encausado, calificada su delincuencia en el menor grado, y con aplicación de las disposiciones legales que estimó del caso, a la pena principal de trece años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias. Esta pena de trece años la dedujo el juzgador de primera instancia del artículo 600 del Código Penal, del hecho comprobado de ser dos veces reincidente el acusado, y del aumento de una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo que autoriza imponer el artículo 124 de aquel Código, en su inciso 3º

Apelada la providencia del Juzgado para ante el Tribunal respectivo, esta entidad la reformó en el sentido de condenar al reo a la pena principal de once años y cuatro meses de presidio, sin dar aplicación al inciso del artículo citado, que autoriza el aumento de la referida sexta parte—por estimarlo justo, habida cuenta de las reincidencias—y haciendo con exactitud las operaciones aritméticas correspondientes.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el condenado recurso de casación, el cual le fue concedido. Y habiéndose enviado el expediente a esta Corte, en donde ha recibido la tramitación que le es propia, se procede a resolver lo que fuere legal.

En el escrito en que el sentenciado sustenta su recurso—que es el mismo que sirvió de base para que se le concediera, pues no alegó durante su traslado a este Despacho,—manifiesta que lo funda en la primera causal de que trata el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, o sea ser la sentencia violatoria de la ley penal, "por mala interpretación, dice, de ésta, y por haberse aplicado en ella disposiciones distintas del Código Penal de las que correspondía aplicar." Expresa, además, que la violación se refiere a los artículos 140, 141 y 142 del Código Penal, por cuanto que, de un lado, en la sentencia contra él, por el delito de hurto, dictada por el Juez Municipal de Belalcázar con fecha veintinueve de abril de mil novecientos veintisiete, que fue reformada por el Juez del Circuito de Anserma, en el sentido de imponerle un año de presidio en lugar de treinta y nueve meses quince días de la misma pena a que había sido condenado por aquél, no le fue notificado el auto que llama de ejecutoria de tal sentencia, dictado por el propio Juez Municipal ya citado, y de otro lado, por creer que la sentencia dictada en contra de él en mil novecientos veintiuno, no puede ser base para considerarlo como reincidente, pues el hecho por el cual fue entonces condenado, se ejecutó en mil novecientos diez y ocho. Tal es la síntesis de lo que acerca de este punto ha aducido el recurrente.

Respecto de esta alegación se contesta:

De conformidad con el artículo 28 de la Ley 169 de 1896, es "**sentencia ejecutoriada** aquella contra la cual no hay lugar a recurso de apelación, ni que deba ser consultada; y aquella que, aunque apelada, no lo ha sido en el término legal."

Ahora bien: la aludida sentencia de mil novecientos veintisiete, en que se condenó al recurrente por el delito de hurto, y que fue reformada en segunda instancia por el Juez del Circuito de Anserma, quedó ejecutoriada con la notificación de este último fallo; de suerte que el juzgador de primera instancia ya no tenía otra cosa qué hacer sino ponerla en ejecución, lo cual es distinto de la ejecutoria de la sentencia. Y si el auto en que se ordenó ejecutar tal fallo, no fue notificado al reo, es informalidad que no afecta en manera alguna la ejecutoria del mismo; no viéndose, por tanto, la razón legal de la consecuencia que saca el recurrente para que tal fallo no sea tenido en cuenta de acuerdo con el artículo 141 del Código Penal, para la aplicación de la reincidencia. Parece, según se desprende del escrito del recurrente, que el error de éste estriba en la confusión que hace de **sentencias ejecutoriadas y ejecución de sentencias.**

Cuanto a que el delito sentenciado en mil novecientos veintiuno, se ejecutó en mil novecientos diez y ocho, sobre ser afirmación que el sustentante no demuestra, debe observarse que en el particular es muy claro el artículo 141 del Código Penal, que habla del número de sentencias ejecutoriadas que se hayan dictado contra el reo en los diez años anteriores a la ejecución de un delito, etc., sin referirse, en manera alguna, al hecho interpretado por el recurrente, conforme a su personal parecer.

Dice también lo siguiente el sentenciado, en su escrito de casación:

"Pero sea de ello lo que fuere, es el caso también que en este proceso hay hechos tan claros y tan precisos, que demuestran a las claras que tanto en la sentencia de primera como en la de segunda instancia, se han violado varias disposiciones del Código Penal, al dictar aquellas sentencias, por las razones siguientes:

"Los únicos testigos a quienes la ley les concede en este caso verdadera imparcialidad, es a los señores Pedro Pablo Betancourt, y Balbaneda Betancourt, y esto porque son testigos ajenos a todo prejuicio, y los únicos también que han declarado la verdad, porque Juan N. Tobón, Jesús María Tangarife y Agustín Cañaverales, eran precisamente los compañeros de Esteban Ortiz en la noche de la tragedia, resultando asímismo como ofendido en el delito."

Hace un extracto, en seguida, el recurrente, de las declaraciones de los mencionados Betancourt, y luégo agrega:

"Es de presumirse con sólidos fundamentos, que como los individuos que perseguían a Holguín sabían que éste se encontraba dentro de aquella humilde choza (se refiere a la de los Betancourt), y sin precauciones (sic) de ninguna clase, sin hacerse reconocer como autoridad, ni hablar palabra, una vez abierta la puerta dispararon sus revólvers hacia dentro, bien pudo ser, por miedo, por imprudencia u otra causa cualquiera, y natural es creer que Holguín, quien no sabía, ni tenía porqué saber cuáles eran las personas que repentinamente y en una forma brusca lo atacaban, quizo (sic) defenderse disparando también su revólver, de cuyos disparos resultó muerto el individuo de nombre Esteban Ortiz, y herido otro de ellos.

"En este caso la ausencia absoluta del 'a sabiendas' de parte de Holguín en relación con el carácter oficial de los que lo atacaban, el cual no podía saberlo, ni tenía porqué presumirlo, dado el ataque súbito e inesperado que se le hizo, lo descarta de toda responsabilidad bajo cualesquier aspecto jurídico en que se le sitúe; pero sin avanzar mucho, o tocar los límites de la irresponsabilidad total, sí es evidente y es claro el hecho de que en la sentencia del Tribunal se violaron al menos los artículos, c uno de ellos, del Código Penal, y son: el inciso 2° del artículo 602; el 603, o el 608, de la citada obra, y siendo esto así, como efectivamente lo es, y aplicando la suprema Corte cualesquiera de estas disposiciones, es claro y evidente que no había razón para haber aplicado lo dispuesto en el artículo 140 del Código Penal, porque tal disposición exonera (sic) de reincidencia a los reos de los delitos contemplados en los artículos 601 a 604, 606 a 608, 613, 617, 626, 660, 661 y 663 a 665."

Sobre lo alegado en la parte transcrita, se contesta:

El hecho de que el Jurado hubiera contestado negativamente la cuestión relativa a la responsabilidad de Holguín por haberle quitado la vida al agente de Policía Ortiz, a sabiendas de su carácter de tal y por razón del ejercicio de sus funciones, no excluye la responsabilidad general por el homicidio simplemente voluntario de que trata la cuestión primera propuesta a los Jueces de conciencia. La segunda pregunta se refiere al delito contra empleado público, sin que la negación de la responsabilidad que ella entraña, afecte o menoscabe la que se presenta al Jurado en el primer cuestionario, pues aquélla en realidad constituye una simple agravación de penalidad, que se habría tenido en cuenta e impuesto, en consecuencia, si el Jurado la hubiese contestado o absuelto afirmativamente conforme a la segunda cuestión transcrita al principio de esta providencia.

Respecto de las violaciones que el recurrente insinúa de los artículos 602, 603 o 608 del Código Penal, conviene observar, como lo ha hecho la Corte en otras ocasiones semejantes, que el veredicto ha de dar margen para la aplicación de esas disposiciones, pues en un caso como el que se contempla, en que tal veredicto fue lisa y llanamente afirmativo y con amplio respaldo en probanzas de autos, no le quedaba otro camino al juzgador, sino el de aplicar el artículo 600 del Código Penal en la forma como lo hizo.

Lo dicho basta para que se vea que carece de fundamento el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Manizales, de fecha veintitrés de mayo del año en curso, sentencia que, por lo mismo, debe mantenerse firme.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, trece de octubre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Con fecha veintitrés de mayo del presente año se abrió causa criminal de responsabilidad por trámites extraordinarios contra el Gobernador de Boyacá, doctor Luis F. Reyes Llaña, por haber cumplido y llevado a efecto los Decretos números 501 y 529, de fechas octubre diez y nueve y noviembre siete de mil novecientos treinta y uno, no obstante haber sido suspendidos por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja en autos de dos y veintiséis de noviembre del mismo año, lo que está definido y sancionado como delito en el Libro II, Título X, capítulo VIII, del Código Penal, con la denominación de "abuso de autoridad."

Ejecutoriado ese auto de proceder, y cumplidos como han sido todos los trámites legales, es el caso de entrar a dictar sentencia definitiva.

En ese auto se expusieron, entre otros, los siguientes fundamentos:

"La Ordenanza número 31 de 1930, expedida por la Asamblea de Boyacá, dispuso en su artículo 17 lo siguiente:

'Artículo 17. Desde el primero de julio del presente año habrá cuatro médicos escolares y legistas para el servicio del Departamento, con un sueldo mensual de doscientos pesos ($ 200) como escolares, y de cien pesos ($ 100) como legistas, cada uno.

'Estos médicos no tendrán residencia fija, ni podrán prestar servicios profesionales al público en consultorio privado o en establecimientos de farmacia.

'El Gobierno reglamentará las zonas dentro de las cuales deban practicar visitas y demás obligaciones a su cargo. También habrá dos médicos legistas, con sueldos de ciento cincuenta pesos ($ 150), en la capital del Departamento, con las funciones que tienen actualmente.

'Los puestos para médicos escolares, como para médicos legistas, serán provistos por concurso, que será reglamentado por el Gobierno.'

"En desarrollo de esa Ordenanza, el entonces Gobernador de ese Departamento, doctor Silvino Rodríguez, por medio del Decreto 251, de siete de junio de ese mismo año, reglamentó lo relacionado con el concurso, en el artículo 10 así:

'Los médicos que fueren favorecidos en el concurso, serán nombrados en propiedad para el ejercicio de sus empleos cuyas plazas se trata de llenar.'

"En tal virtud, y por haber resultado vencedor en dicho concurso el doctor Eliecer B. Espinel, le fue adjudicado, por Decreto 384, de ocho de agosto de mil novecientos treinta, el segundo puesto de Médico Legista del Departamento.

"Así las cosas, venía el doctor Espinel ejerciendo sus funciones, cuando fue reemplazado por el Gobernador doctor Reyes Llaña, según el siguiente Decreto:

'DECRETO NUMERO 501 DE 1931

'(octubre 19)

por el cual se hace un nombramiento en propiedad.

'El Gobernador del Departamento,

en ejercicio de sus atribuciones legales,

'DECRETA:

'Nómbrase Médico Legista de la zona del centro al doctor Manuel Ignacio Ruiz, en reemplazo del doctor Eliecer B. Espinel, quien pasa a ejercer el cargo de Médico de la primera zona escolar.

'Comuníquese y publíquese.

'Dado en Tunja a diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y uno.

'LUIS F. REYES LLAÑA

'El Secretario de Gobierno, **Nicolás Torres N.**'

"El doctor Espinel demandó ese Decreto ante el Tribunal de lo Contencioso, para que se declarara su nulidad, por violar la Ordenanza número 31 de 1930, y solicitó al mismo tiempo la suspensión. El Tribunal, con fecha noviembre dos del mismo año de mil novecientos treinta y uno, admitió la demanda y suspendió provisionalmente el Decreto acusado.

"Con fecha siete del mismo mes y año, el Tribunal comunicó al Gobernador por medio del oficio número 352, esa suspensión provisional, quien acusó recibo en la siguiente forma:

'República de Colombia—Departamento de Boyacá—Gobernación—Número 526—Tunja, nueve de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

'Señor Presidente del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo del Departamento—En su Despacho.

'Tengo el honor de acusar a usted recibo del atento oficio número 352, de fecha siete de los corrientes, en que se sirve comunicar que por auto de fecha dos de los mismos fue suspendido provisionalmente el Decreto número 501, de fecha diez y nueve de octubre último, expedido por la Gobernación, providencia de la cual ha tomado atenta nota este Despacho, para los fines consiguientes.

'De usted atento servidor,

'Luis F. Reyes Llaña'

"El mismo día en que se comunicaba al Gobernador la suspensión mencionada, expidió este otro Decreto:

'DECRETO NUMERO 529 DE 1931

(noviembre 7)

por el cual se hace un nombramiento.

'El Gobernador del Departamento,

en ejercicio de sus atribuciones legales,

'DECRETA:

'Habiendo renunciado el doctor Eliecer B. Espinel el cargo departamental de Médico Escolar Legista de la zona 1ª, a la que fue promovido, se nombra al doctor Manuel Ignacio Ruiz Médico Legista de la zona del centro.

'Comuníquese y publíquese.

'Dado en Tunja a siete de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

'LUIS F. REYES LLAÑA

'El Secretario de Gobierno, **Nicolás Torres N.**'

"El nuevo Decreto fue a su vez acusado por el doctor Espinel ante el Tribunal de lo Contencioso, el cual dispuso aceptar la demanda y ordenar la suspensión, de acuerdo con lo pedido, en autos de fecha noviembre doce y veintiséis de mil novecientos treinta y uno; suspensión que le fue comunicada al Gobernador con fecha primero de diciembre del mismo año, quien acusó recibo por medio del siguiente oficio:

'República de Colombia—Departamento de Boyacá—Gobernación—Número 589—Tunja, nueve de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

'Señor Presidente del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo—En su Despacho.

'Tengo el honor de avisar a usted recibo del atento oficio número 363, de fecha primero de los corrientes, en que se sirve comunicar que ese honorable Tribunal, por auto de veintiséis de noviembre último, ha suspendido, provisionalmente, los efectos del Decreto número 529, de siete del mismo mes de noviembre, expedido por la Gobernación, por el cual se nombra al doctor Manuel Ignacio Ruiz Médico Legista de la zona del centro, providencia de la cual ha tomado atenta nota este Despacho para los fines ulteriores.

'Soy de usted muy atento servidor,

'Luis F. Reyes Llaña
'Gobernador de Boyacá'

"Se sostiene como cuestión capital, por parte del Procurador y del doctor Reyes Llaña, que siendo tales médicos agentes inmediatos de la Administración Departamental, son de libre nombramiento y remoción de los Go-

bernadores, de acuerdo con el artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910 (ordinal 2°), y 127 del Código del Régimen Político y Municipal.

"La tesis no puede aceptarse en forma tan absoluta, porque la misma Constitución, en el artículo 62, establece que bien puede la ley determinar 'las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos,' y en desarrollo de este precepto constitucional, la Asamblea de Boyacá fijó los requisitos y condiciones en que podían ser designados los médicos escolares y legistas, o sea por concurso. Al efecto, estableció la Ordenanza número 31 de 1930, artículo 17:

'Los puestos para médicos escolares como para médicos legistas, serán provistos por concurso,' ordenanza que reglamentó y cumplió el Gobernador doctor Silvino Rodríguez, ya que de acuerdo con lo que dispone la misma Constitución, artículo 57 del Acto legislativo número 3 de 1910, las ordenanzas de las Asambleas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial, en la forma que prescriba la ley.'

"De suerte que la designación de los médicos de que se viene hablando no era tan libre, estaba sometida a determinadas condiciones que autoriza la misma Constitución.

"El señor Procurador y el Gobernador doctor Reyes Llaña sostienen, además, que el artículo 17 de la Ordenanza número 31 de 1930, fue derogado por el artículo 13 de la Ordenanza número 14 de 1931, y al mismo tiempo reemplazado por el artículo 12 de esta última, que autorizó al Gobernador para nombrar libremente el personal de médicos legistas y escolares.

"Esta Ordenanza número 14 de 1931 trata de varias materias, se compuso de micos, como se dice en la práctica legislativa. El artículo 12 de ella dice:

'Desde el primero de septiembre próximo, los servicios de medicina escolar se prestarán separadamente de los de medicina legal; el Gobierno dictará la reglamentación de esos servicios, señalando el personal y su radio de jurisdicción y atribuciones, y abrirá los créditos a que hubiere lugar.'

"Esta disposición, como se deduce de su texto, tuvo por objeto separar en todo el Departamento los servicios de medicina escolar y los de medicina legal, pero dejando vigentes los demás; pues si bien el artículo 13 dispuso que quedaban anuladas todas las disposiciones anteriores sobre el particular, y el particular de que trata esa Ordenanza fueron varios y distintos objetos, como ya se vio, esa nulidad tuvo que referirse a disposiciones incompatibles con las nuevas, mas no a las que hasta cierto punto eran necesarias para el completo y eficaz cumplimiento de las últimas, y que, lejos de contradecirse, se armonizaban entre sí.

"Es claro que esas nuevas disposiciones necesitaban reglamentación, pues por consecuencia de la división de servicios médicos, se imponía señalar o distribuir el personal y el lugar o lugares donde debían ejercer sus funciones.

"El mismo Gobernador, doctor Reyes Llaña, entendió que esa última ordenanza no le había dado facultad de nombrar directa o libremente esos médicos, como se deduce del Decreto que la reglamentó, expedido por él, con fecha noviembre treinta de mil novecientos treinta, y según el cual, esa clase de puestos, por lo menos los de Médicos Legistas, debían proveerse por concurso.

"Mas aun aceptando la tesis del Procurador y del doctor Reyes Llaña, o sea que, en su concepto, la Ordenanza número 14 de 1931 le concedió libertad completa al último para nombrar los médicos escolares y legistas sin someterse a concurso, y aun aceptando que el Gobernador hubiera tenido facultad para remover libremente, como consecuencia, al doctor Espinel, o para cambiarlo por otro, tal interpretación no justifica, por ningún motivo, el desobedecimiento a las providencias del Tribunal de lo Contencioso en que se ordenó suspender el Decreto ya conocido y transcrito anteriormente.

"La jurisdicción contencioso administrativa, dice el artículo 1° de la Ley 130 de 1913, 'tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o de los empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente Ley.'

"Y el artículo 111 de la misma prescripción legislativa dice:

'Son anulables, como las ordenanzas de las Asambleas Departamentales, los decretos y demás actos de los Gobernadores, contrarios a la Constitución, a las leyes, o a las ordenanzas o lesivos de derechos civiles.'

"En desarrollo de estas disposiciones, el Tribunal de lo Contencioso seguramente estimó que tenía jurisdicción para conocer de la demanda presentada por el doctor Espinel y para ordenar la suspensión del Decreto número 501 de 19 de octubre de 1931. Si el respectivo Magistrado que tal cosa dispuso, se equivocó y cometió un error, bien había podido el doctor Reyes Llaña ejercitar los recursos naturales que la ley le concede para tratar, por lo menos, de evitarlo y defender sus puntos de vista, lo que no intentó en forma alguna; mas ni la Constitución ni la ley lo autorizan para resolver por sí y ante sí, que habiéndose equivocado el Tribunal mencionado, podía desobedecer, dejar de cumplir, y sustraerse a la ejecución de sus decisiones. Si tan extraña doctrina se aceptara, la autoridad y eficacia de esa jurisdicción quedarían menospreciadas, el orden jurídico quedaría subvertido, y con él la seguridad social, y tan fatales consecuencias no pueden pasar inadvertidas para un jurisconsulto y mandatario de la talla del doctor Reyes Llaña.

"Que el Gobernador estuviera obligado a respetar lo resuelto por el Tribunal de lo Contencioso, no implica, como lo anota el señor Procurador, el reinado de la arbitrariedad y el vasallaje de uno de los poderes públicos en favor del otro, porque la jurisdicción contencioso administrativa, dentro de nuestra organización constitucional, no constituye un poder distinto a semejanza del judicial, del legislativo o del ejecutivo, constituye apenas la justicia administrativa, dice Barthélemy, citado por la distinguida comisión del Senado, que informó sobre esta materia, compuesta por el General Rafael Uribe Uribe y el doctor Antonio José Cadavid, no una desmembración de la jurisdicción judicial. Es el órgano jurisdiccional con que el Poder Ejecutivo impone a la administración el respeto del derecho. Los Tribunales administrativos no arrebatan el papel de la autoridad judicial, son una de las formas en que se manifiesta el ejercicio de la autoridad administrativa. Puede decirse que en el hecho, los Tribunales administrativos son, respecto de los actos y decisiones administrativas, lo que las cortes de apelación para las decisiones de los Tribunales inferiores.

"Creemos que estas observaciones, continúa diciendo esa Comisión, hacen entender cómo es de necesidad en toda buena organización pública el establecimiento de una jurisdicción encargada de decidir las controversias muy frecuentes que pueden ocurrir entre la Administración y los individuos. Pueden los actos de la primera lesionar los derechos de los segundos, y para que se cumpla la justicia y se salve el derecho, que es el gran fin de la vida social, es preciso que se instituya una jurisdicción. Y como ésta, según se ha visto, no debería ser la jurisdicción civil, la que ejerce el Poder Judicial propiamente dicho, por virtud del principio elemental en que se funda la separación de los poderes, debe admitirse la necesidad de la jurisdicción contencioso administrativa.

"El señor Gobernador, doctor Reyes Llaña, al recibir el oficio del Tribunal en que se le comunicaba la suspensión de su Decreto número 501, no hizo el menor reclamo ni ejercitó los recursos que le concede la ley para defenderlo; muy al contrario, le contestó que había tomado atenta nota de esa resolución, y la atención consistió en acudir al procedimiento nada serio de expedir otro decreto de la misma índole, alcance y extensión del primero, como si con el solo cambio material de un decreto por otro, todo quedara satisfactoriamente solucionado. El segundo Decreto, como ya se vio, fue también suspendido, suspensión que fue también desobedecida, lo cual pone de manifiesto y establece no sólo la intención sino el elemento 'a sabiendas,' que consigna el inciso 2º del artículo 564 del Código Penal, y que dice:

'En las mismas penas incurrirá el funcionario o empleado público que, a sabiendas, procediere a cumplir y llevar a efecto alguna determinación suspendida legalmente o revocada por competente autoridad.'

"El hecho que prevé esta disposición aparece, en virtud de todo lo expuesto anteriormente, comprobado en sus elementos materiales, cuerpo del delito, y morales, responsabilidad, lo que reclama el enjuiciamiento, en armonía con lo que disponen los artículos 1627 y 1819 del Código Judicial."

En orden riguroso se pasa a estudiar los distintos puntos de defensa que alega el acusado en el informe por él rendido oportunamente:

"La circunstancia, dice, de haber señalado el Tribunal como causa de la acusación el hecho de haber dictado el Gobierno el Decreto número 529, nombrando por medio de él al doctor Ruiz, Médico Legista, a tiempo en que había sido suspendido el 501, que contiene igual nombramiento, y el erigir en delito el segundo inciso del artículo 564 del Código Penal, el hecho de proceder a cumplir y llevar a efecto alguna determinación **suspendida legalmente**, obligan al juzgador a examinar y decidir en la sentencia si la suspensión decretada por el Tribunal se ajustó a la ley, que de no ser así, es absolutamente claro que podía llevarse a efecto el acto suspendido sin incurrir en responsabilidad, desde luégo que el segundo inciso del artículo 564 del mencionado Código, exige que aquél haya sido **suspendido legalmente.**"

En desarrollo de lo anterior, sostiene que la suspensión no fue legal, por no haber sido decretada de conformidad con el precepto que la autoriza, y que es el contenido en el ordinal **d)** del artículo 59 de la Ley 130 de 1913, el cual dispone que ella se decretará cuando fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave, y que en el caso presente el demandante sostuvo que el Decreto era lesivo de sus derechos civiles, y, por tanto, lo indispensable es inquirir "si en realidad hubo derechos civiles del demandante, vulnerados por el Decreto y perjuicios notoriamente graves ocasionados a éste por la misma causa."

Después de exponer lo que en su concepto son los derechos civiles, deduce que el hecho de separar a un ciudadano de un puesto público, ninguna relación tiene con esos derechos. Pero ni aun siquiera, por el lado del perjuicio, notoriamente grave, podía el Magistrado del Tribunal Administrativo de Tunja decretar la suspensión, —continúa el doctor Reyes Llaña,—porque el sueldo que dejaba de percibir el doctor Espinel, como Médico Legista, no constituía perjuicio en su patrimonio individual, pues el sueldo que no se ha devengado no entra a hacer parte de él. Además, el primer Decreto acusado trasladaba al doctor Espinel del cargo de Médico Legista a Médico de la 1ª zona escolar, cuya remuneración ascendía al duplo del sueldo asignado en el primer cargo, de suerte que por este otro aspecto, no podía recibir perjuicio el demandante con el acto denunciado, sino que recibía un visible beneficio pecuniario; perjuicio que tampoco recibió por el aspecto moral, porque el buen nombre, el honor y la sana reputación de una persona no depende del empleo que ejerce, sino de sus propias capacidades, condiciones y manera de ser.

Todo esto comprueba muy a las claras,—concluye sosteniendo sobre este mismo punto el doctor Reyes Llaña,—que el Decreto demandado no fue suspendido legalmente, desde luégo que su ejecución no acarreaba un perjuicio notoriamente grave, que debiera evitarse, y por lo mismo, al llevarlo a efecto, no ejecutó un acto punible, porque la suspensión no era legal.

Se considera:

Como se ve, el doctor Reyes Llaña no discute la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso para conocer de las demandas presentadas por el doctor Espinel contra los Decretos ya mencionados; y no podía surgir duda al respecto, desde luégo que de acuerdo con los artículos 1º y 111, principalmente el último, sí podían ser acusados y revisados por ese Tribunal.

Lo que el doctor Reyes Llaña niega, es que la suspensión decretada por el Tribunal tenga base legal, por no tratarse de derechos civiles ni de perjuicios notoriamente graves que al demandante pudieran resultarle del cumplimiento de los Decretos suspendidos.

Se trata entonces de una interpretación legal; el Tribunal estimó que sí era el caso de ordenar la suspensión, el doctor Reyes Llaña opina lo contrario. ¿A quién le correspondía decidir con autoridad y quién tenía el derecho de exigir que su decisión se cumpliera y obedeciera? Es claro que al Tribunal, por ser la entidad encargada por la ley de revisar esos actos del Gobernador. "Son anulables, como las ordenanzas de las Asambleas Departamentales, los decretos y demás actos de los Gobernadores, contrarios a la Constitución, a las leyes y a las ordenanzas, o lesivos de derechos civiles," dice el artículo 111 de la Ley 130 de 1913. Es en ese juicio de nulidad donde se ventila, examina y estudia si el acto o decreto acusado es contrario a la Constitución, a la ley, a la ordenanza, o es lesivo de derechos civiles; y es allí mismo donde se ventila, estudia y examina si debe decretarse la suspensión provisional, de acuerdo con lo establecido por el inciso **d)** del artículo 59 de la mencionada Ley, inciso que, dicho sea de paso, sólo exige como requisito para la suspensión del acto denunciado, que sea necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave.

Si un Gobernador pudiera libremente cumplir o no cumplir un auto de suspensión de esa clase, la institución de los Tribunales de lo Contencioso constituiría un rodaje inútil, y baldías serían las acciones que la ley concede a los ciudadanos para demandar la nulidad y obtener la suspensión previa de autos o decretos que violen la Constitución, la ley, las ordenanzas, o que sean lesivas de derechos civiles; semejante trastorno del orden social y jurídico es perfectamente inaceptable.

Ese orden social y jurídico, o sea el respeto por las decisiones judiciales, está de tal modo garantizado en nuestras instituciones que, ni aun en el caso de que el Tribunal de lo Contencioso de Tunja se hubiera equivocado en la interpretación legal al decretar la suspensión, algo más, ni aun en el caso que hubiera violado la ley en forma que le aparejara responsabilidad, por el juicio correspondiente que hubiera de seguírsele, no se anularía, enmendaría ni reformaría su auto ni podrían suspenderse sus efectos. El juicio sólo se dirigiría, dice el artículo 1826 del Código Judicial, "a examinar la conducta del responsable para imponerle las penas e indemnizaciones legales."

En ese mismo orden de ideas establece el inciso último del artículo 517 del Código Penal, que "no podrá resistirse el cumplimiento de una sentencia ejecutoriada a pretexto de ser contraria a la Constitución o a la ley, u obtenida con engaño, o de que de ella resulten graves males que el superior no pudo prever."

De suerte que cuando el inciso 2º del artículo 564 del Código Penal habla de las penas en que incurre el funcionario o empleado que, "a sabiendas procediere a cumplir y llevar a efecto alguna determinación suspendida legalmente, o revocada por autoridad competente" no implica ni exige que esa legalidad esté sujeta al concepto que acerca de ella se haya formado o se forme el respectivo funcionario, para deducir por sí y ante sí, si debe cumplirla o no, porque entonces, la última y definitiva garantía del derecho no estaría en el Juez o Magistrado encargado de reconocérsela a cada uno, fijando concretamente su posición jurídica, sino en el arbitrio y en la soberana voluntad particular, lo que es inaceptable desde el punto de vista constitucional, legal y jurídico.

Así las cosas, a la Corte no le incumbe examinar los fundamentos o motivos en que se hubiera apoyado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para decretar la suspensión, porque invadiría funciones que no le corresponden, y porque tal cosa equivaldría a una nueva revisión de esa clase de providencias por la autoridad judicial, recurso que no está autorizado por la ley; le basta tener en cuenta, como ya se ha dicho y es conveniente repetirlo, que el Tribunal sí era competente y tenía jurisdicción para conocer del negocio en la forma en que lo hizo; que el artículo 59 de la Ley 130 de 1913, entre las obligaciones que impone al Magistrado sustanciador al recibir la demanda, y una vez repartida, está la de suspender provisionalmente el acto denunciado cuando fuere necesario, para evitar un perjuicio notoriamente grave, cuestión hasta cierto punto de hecho, que corresponde calificar a ese sustanciador, y que podía ser analizada ampliamente en ese juicio administrativo, sin que el natural y muy humano desacuerdo entre la opinión del Gobernador acerca de la extensión y magnitud del perjuicio que pudiera derivarse del cumplimiento de sus decretos que le fueron acusados y lo resuelto por el Tribunal mencionado, sea o pueda ser motivo suficiente para justificar su desobedecimiento, asumiendo el incompatible papel de juez y parte.

De suerte que la legalidad de que trata el inciso 2º del citado artículo 564, se cumplió estricta y suficientemente.

En el auto de proceder, en frase incidental, se dijo que bien había podido el doctor Reyes Llaña ejercitar los recursos que la ley le concedía para defender sus puntos de vista, mas allí no se afirmó, porque sería un absurdo, que la responsabilidad se le deducía por haber omitido ejercitar esos recursos, como lo sostiene en otro de los puntos a que se refiere su informe.

Y mal se podía afirmar tal cosa, desde luégo que el Gobernador, doctor Reyes Llaña, no estaba obligado a intervenir en ese juicio administrativo; bien podía oponerse o contradecir las pretensiones del demandante para defender sus actuaciones, ya dando instrucciones al Fiscal, ya designando un apoderado o vocero, como podía abstenerse de toda intervención, tal como lo hizo, sin que por esto último el juicio fuera incompleto o adoleciera de vicio o irregularidad alguna, desde luégo que al frente de ese juicio administrativo actuaban las verdaderas partes, o sea el demandante y el Fiscal.

Mas el denunciante y el Fiscal no eran los únicos que podían intervenir como partes, como lo sostiene el doctor Reyes Llaña; pues el artículo 45 de la Ley 130 de 1913, y principalmente el 15 de la Ley 25 de 1928, le daban el derecho de intervenir para defender la legalidad de sus decretos, que fueron materia de la acusación, y al ejercicio de ese derecho quiso referirse y se refirió la Corte en el auto de proceder.

Sostiene el doctor Reyes Llaña que el doctor Espinel no tenía nombramiento de Médico Legista, y por consiguiente, carecía de manera plena de la calidad de empleado público; que el puesto venía desempeñándolo en virtud del Decreto de adjudicación número 584 de 8 de agosto de 1930, y que los empleos públicos, conforme al Código Político y Municipal, no se adquieren por adjudicación sino por nombramiento; de tal manera que si en realidad hubo concurso, agrega, "hecho éste que no aparece comprobado por acta, diligencia o constancia alguna, y en él salió vencedor el doctor Espinel, el resultado tenía que hacerse constar en la respectiva acta de examen, para luégo hacerlo valer como parte motiva del decreto de nombramiento."

Igual reparo presenta el señor Procurador, quien agrega que ni siquiera aparece que el doctor Espinel se hubiera posesionado de dicho puesto.

Se contesta:

El doctor Espinel fue separado del cargo de Médico Legista de Tunja, no porque se dudara del carácter de empleo público que tuviera, sino porque, "la demora y negligencia en el cumplimiento de sus deberes," dice el doctor Reyes Llaña en el primer informe que rindió a la Corte, "lo hacían acreedor a una sanción de retiro."

Y es conveniente anotar de paso, que si el doctor Espinel no cumplía con sus deberes, como lo afirma el doctor Reyes Llaña, es inexplicable que en el mismo Decreto en que fue reemplazado del cargo de Médico Legista de Tunja, se le nombró para el cargo de Médico de la 1ª zona escolar con una remuneración mayor.

El reemplazo que se hizo en esa forma del doctor Espinel, fue lo que dio origen a la demanda que éste presentó ante el Tribunal de lo Contencioso, en donde precisamente correspondía estudiar, como cuestión de fondo, cómo y en virtud de qué había sido designado para ese cargo, qué carácter tenía, el período de sus funciones, etc., y así cabe aplicar a este punto lo que ya se expresó respecto

del primero, o sea que aun cuando el Gobernador tuviera un concepto distinto de lo resuelto por la autoridad administrativa, y era natural que lo tuviera, no por eso podía sustraerse al cumplimiento de lo resuelto por aquélla.

Mas es lo cierto que sí está suficientemente acreditado el nombramiento y posesión del cargo de Médico Legista que desempeñaba el doctor Espinel, así como también está acreditado todo lo relativo al concurso, así:

El Decreto número 384 de 1930 (agosto 8), dice:

"**El Gobernador del Departamento,**

en uso de sus atribuciones legales, y

"CONSIDERANDO

"Que el nuevo concurso abierto para adjudicar el segundo puesto de Médico Legista, los trabajos presentados en él fueron considerados por el respectivo jurado calificador en un mismo pie de igualdad, por lo que, de común acuerdo se resolvió un sorteo entre los firmados con los pseudónimos de **Krispín, Pinard, Elievel, Fagocito y Lotus;**..

"Que efectuado el expresado sorteo en presencia de los autores de aquellos trabajos, y con intervención del jurado calificador, resultó favorecido el firmado **Elievel,** que corresponde al nombre del doctor Eliecer B. Espinel,

"DECRETA:

"Artículo único. Adjudícase al doctor Eliecer B. Espinel el segundo puesto de Médico Legista del Departamento.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Tunja a 8 de agosto de 1930.

"SILVINO RODRIGUEZ

"El Secretario de Gobierno, **Nebardo Rojas**"

La parte motiva del anterior Decreto contiene los antecedentes del concurso; se explica allí con toda claridad que habiéndose encontrado en un mismo pie de igualdad todos los trabajos presentados, se verificó un sorteo y resultó favorecido el firmado por **Elievel,** que correspondió al nombre del doctor Eliecer B. Espinel. Como consecuencia de esta historia vino la parte resolutiva del Decreto, en que se le adjudicó "el segundo puesto de Médico Legista del Departamento." Habría podido decirse "nómbrase" en vez de adjudícase, sin que se alterara en lo más mínimo el sentido, alcance y extensión del Decreto, cual era el de proveer el mencionado cargo; se trata de un simple cambio o juego de palabras, que quizá no habría sido aceptado por el viejo formulismo romano, que por hacerlo respetar, sacrificaba el derecho, y en que un demandante por haber dicho **vites** en vez de **arbores,** perdió el litigio.

Y, en el presente caso, la palabra "adjudícase" seguramente fue la más apropiada, si se tiene en cuenta que no se trataba de un empleo de libre nombramiento del Gobernador, sino de uno en que era necesario llenar determinadas condiciones, como la del concurso, y si en éste salió vencedor el doctor Espinel, la designación o nombramiento consistía en ese reconocimiento, ya que adjudicar significa "declarar que una cosa corresponde a una persona," o lo que es más pertinente, "conferírsela en satisfacción de algún derecho."

Mas si alguna duda quedare acerca de que el Decreto transcrito, y que en copia debidamente autenticada figura en el expediente, contiene un verdadero nombramiento, ella se disipa totalmente al leer la diligencia de posesión que echa de menos el señor Procurador, y que sí se encuentra en este mismo expediente, al folio 22; tal diligencia dice:

"**Diligencia de posesión—Número 105.**

"En la ciudad de Tunja, a catorce de agosto de mil novecientos treinta, presente en el Despacho de la Gobernación el señor doctor Eliecer B. Espinel con el fin de tomar posesión del empleo de segundo Médico Legista del Departamento para que fue nombrado en propiedad por Decreto número 384 de fecha ocho del presente mes, el señor Gobernador le exigió la promesa legal y bajo la gravedad ofreció cumplir bien y fielmente con los deberes que le impone el expresado cargo, y sostener la Constitución y las leyes de la República y las ordenanzas del Departamento.

"En constancia se extiende y firma la presente diligencia.

"**Silvino Rodríguez—Eliecer B. Espinel**"

Sostiene por último el doctor Reyes Llaña que no está comprobado el elemento **a sabiendas,** que exige el inciso 2º del mencionado artículo 564 del Código Penal, para que exista el delito de que allí se habla. Después de referirse a las definiciones que acerca del dolo dan algunos tratadistas como Carrara, Pessina y Alimena, se pregunta:

"¿Concurrió en la comisión del acto que me imputáis, como producto de la deliberación mental, la voluntad inequívoca de ejecutar un acto ilícito y la conciencia de que era opuesto al derecho?"

Y él mismo se contesta, diciendo que de los elementos que obran en el juicio, ninguno hay que autorice la conclusión positiva; pues que todos ellos están diciendo que al llevar a su término la providencia administrativa por la cual separó al doctor Espinel de las funciones de Médico Legista y lo destinó al servicio de la medicina escolar, no obró con la intención deliberada o punible de violar la ley, de conculcar el derecho de alguien, de oponerse a las decisiones legales de autoridad competente.

"No me atrevo a suponer—agrega—porque ello constituiría un agravio, que vosotros estiméis como condición única para que sea legal la suspensión de una providencia el que aquélla sea decretada por autoridad competente; y que el elemento **a sabiendas** existe desde que se tiene noticia de la suspensión, desde luégo que esa estimación, además de injurídica, sería aberrante, porque para que una decisión sea legal, no basta que sea dictada por quien tenga la jurisdicción necesaria, sino que, además, es esencial que se ajuste al derecho; y porque la simple noticia no equivale psicológica ni jurídicamente al conocimiento pleno, base de la conciencia activa, que es uno de los elementos constitutivos del dolo específico, equivalente al **a sabiendas,** de que trata la ley."

Se contesta:

Es importante tener en cuenta que al doctor Reyes no se le ha deducido responsabilidad por haber dictado el Decreto en que separó de sus funciones al Médico Legista doctor Espinel; la voluntad, intención y objeto con que en tal sentido hubiera procedido son extraños a este proceso.

La responsabilidad se refiere a la conducta observada por él con posterioridad a la orden de suspensión emanada del Tribunal de lo Contencioso.

La ley le imponía la obligación de respetar esa decisión; ya anteriormente se ha explicado porqué; y no solamente le imponía esa obligación, sino que su desobediencia la tiene definida el legislador como acción delictuosa, sancionada con una pena.

El doctor Reyes Llaña no podía, ni puede alegar desconocimiento de esos preceptos legislativos, desde luégo que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, y mucho menos en un funcionario de tan alta categoría.

Quien en esas condiciones se coloca, tiene conocimiento de lo que realiza, y si a pesar de ese conocimiento, que podría haberlo llevado a proceder en forma distinta, se abstuvo de cumplir la providencia de suspensión, la ilicitud de su conducta, y con ella, la voluntad y malicia de que trata el artículo 1º del Código Penal, aparecen de manifiesto.

Los diversos actos realizados por el doctor Reyes Llaña con posterioridad a la primera comunicación en que el Tribunal le hizo saber la suspensión, van estableciendo plenamente esa voluntad y malicia en su obrar, o sea el dolo; y no un dolo de ímpetu, pasajero o momentáneo, sino un dolo de propósito, revelado con persistencia, y lo cual pone de presente con suficiente claridad el elemento **a sabiendas.**

En efecto, el primer oficio del Tribunal en que se comunicó al Gobernador doctor Reyes Llaña la suspensión, no era susceptible de interpretación, por ser muy claro en sus términos y en su alcance; así lo comprendió ese funcionario, cuando al dar contestación se limitó a decir que tomaba atenta nota de esa providencia para los fines ulteriores.

Era lo natural que si hubiera encontrado algún reparo que hacerle a esa providencia, su respuesta habría sido distinta; si entonces o después la hubiera encontrado ilegal y contraria al derecho, como ahora sostiene, lo habría hecho saber al Tribunal en alguna forma, aun por razones de simple cortesía y en guarda de la necesaria armonía y buen entendimiento que debe existir entre las distintas entidades oficiales, ya que todas ellas persiguen o deben perseguir dentro del radio de sus distintas actividades y funciones, el imperio del orden legal y jurídico.

Mas el doctor Reyes Llaña, a pesar de manifestar al Tribunal que avisa recibo "del atento oficio número 363, de fecha primero de los corrientes, en que se sirve comunicar que ese honorable Tribunal, por auto de veintiséis de noviembre último, ha suspendido provisionalmente los efectos del Decreto número 529, de siete del mismo mes de noviembre, expedido por la Gobernación, por el cual se nombra al doctor Manuel Ignacio Ruiz, Médico Legista de la zona del centro, providencia de la cual ha tomado atenta nota este Despacho para los fines ulteriores," miró con indiferencia la orden de suspensión de su Decreto, no le dio importancia alguna, ni entonces, ni después, menospreciando una autoridad cuyo funcionamiento y atribuciones no dependen del capricho o de la arbitrariedad sino de la ley, y en que las personas que la ejercen son simples accidentes que hoy son y mañana no parecen, pero en que las decisiones por ellas pronunciadas dentro del límite de su jurisdicción, tienen que ser respetadas, principalmente de parte de los encargados de cumplirlas y ejecutarlas, como necesaria condición de seguridad, paz y orden social y jurídico.

Y lo que pone aún más de presente la voluntad ejercida **a sabiendas** de lo que hacía, o sea la conciencia deliberada de no obedecer y cumplir la decisión del Tribunal por parte del Gobernador Reyes Llaña, fue el procedimiento nada serio a que apeló en la misma fecha en que recibió la comunicación de suspensión, o sea el dictar, como se dijo en el auto de proceder, "otro decreto de la misma índole, alcance y extensión del primero, como si con el solo cambio material de un decreto por otro, todo quedara satisfactoriamente solucionado."

En el primer Decreto se dijo:

"Por el cual se hace un nombramiento en propiedad. El Gobernador del Departamento, en ejercicio de sus atribuciones legales, decreta: **nómbrase Médico Legista de la zona del centro** al doctor Manuel Ignacio Ruiz, en reemplazo del doctor Eliecer B. Espinel, quien pasa a ejercer el cargo de Médico de la zona escolar."

Y el segundo dice:

".... Habiendo renunciado el doctor Eliecer B. Espinel el cargo departamental de Médico Escolar Legista de la zona 1ª a que fue promovido, se nombra al doctor Manuel Ignacio Ruiz Médico Legista de la zona del centro."

Como se ve, desde el primer Decreto fue nombrado en propiedad el doctor Ruiz para Médico Legista de la zona del centro, en reemplazo del doctor Espinel; de suerte que el hecho de que renunciara este último el cargo a donde había sido promovido, en nada modificaba, ni tenía qué ver con el nombramiento en propiedad que ya se le había hecho al doctor Ruiz.

Como el primero, este segundo Decreto, en su fondo absolutamente iguales, fue a su vez suspendido por el Tribunal, suspensión que corrió la misma suerte del anterior, o sea su no cumplimiento por parte del Gobernador doctor Reyes Llaña. Esta segunda suspensión y ese nuevo desobedecimiento, están demostrando, como ya se dijo atrás, que no se trata de un dolo pasajero o de ímpetu, de un primer impulso, sino que mediaron reflexión y persistencia en la resolución y ejecución, con el fin de violar las providencias del Tribunal.

Que el Tribunal de lo Contencioso era competente y tenía jurisdicción para decretar la suspensión provisional de los Decretos acusados, es cuestión que ya quedó ampliamente estudiada.

Para hacer ver que no está demostrado el elemento **a sabiendas,** alega por su parte el señor Procurador, que el auto de suspensión, de fecha dos de noviembre de mil novecientos treinta y uno, no contiene la orden terminante de restituir al doctor Espinel en las funciones del empleo que desempeñaba. Por una deducción que parece lógica, no puede sostenerse, agrega el Procurador, que el Decreto acusado implicaba esa orden; como sería deducción lógica aquella otra de que lo suspendido fue sólo el nombramiento del doctor Ruiz, de que trata el mismo Decreto, y que sólo con deducciones no se puede condenar a un empleado público, echándole encima el cargo de que a sabiendas procedió a cumplir y llevar a efecto alguna determinación legalmente suspendida o revocada por autoridad competente.

Ya se ha visto en qué forma y cómo se ha comprobado el elemento **a sabiendas,** no por las simples deducciones de que habla el señor Procurador, sino por una serie de hechos directos y precisos; y lo que es más importante —para contestar al señor Procurador—por la mente del doctor Reyes Llaña jamás cruzó la duda acerca del contenido y alcance de los autos de suspensión. Lo que él ha sostenido es cosa muy distinta, o sea que tal suspensión no tenía base legal.

Todo lo anteriormente expuesto está demostrando que los hechos que dieron lugar al enjuiciamiento, tienen plena comprobación en el proceso, y no han sido desvaneci-

dos en el curso del juicio, por lo cual es el caso de pronunciar fallo condenatorio.

La responsabilidad se califica en tercer grado, porque no concurre circunstancia agravante alguna.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, dando aplicación al inciso 2º del artículo 564 del Código Penal, y calificada la responsabilidad en tercer grado, condena al doctor Luis F. Reyes Llaña a perder el cargo de Gobernador del Departamento de Boyacá, si lo tuviere cuando este fallo quede ejecutoriado; si para entonces no desempeñare tal cargo, se le condena, con carácter subsidiario, a pagar una multa de veinte pesos a favor del Tesoro Nacional (artículo 77 del Código Penal).

Condénasele, además, y en todo caso, a quedar inhabilitado por un año para obtener empleo o cargo público, y a pagar una multa de cuarenta pesos a favor del mencionado Tesoro.

Publíquese este fallo, cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y envíese copia de él al Excelentísimo señor Presidente de la República y al señor Ministro de Gobierno, para los efectos legales consiguientes.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

—

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

El doctor Luis F. Reyes Llaña, en respetuoso memorial, interpone recurso de apelación para "ante la Sala de Negocios Generales o ante la Corte Plena," dice al principio, y luégo precisa que únicamente ante la primera, contra la sentencia de fecha trece de octubre del presente año, pronunciada por esta Sala, y en la cual fue condenado por abuso de autoridad.

Funda su extraño pedimento en las siguientes razones, que él considera de carácter jurídico:

En que de acuerdo con el artículo 1721 del Procedimiento Criminal, "toda sentencia definitiva dictada en causa criminal, es apelable, en el efecto suspensivo, por cualquiera de las partes," regla general dice, que no tiene excepción.

En que en el capítulo correspondiente al procedimiento extraordinario en los juicios de responsabilidad, existe otra disposición que armoniza con la anterior, o sea el artículo 1891, que dice:

"De la sentencia definitiva que por su naturaleza ponga fin del todo al negocio principal, siempre habrá lugar a apelación, sea cual fuere el interés civil que se ventile, como también el recurso de queja."

Que todo lo anterior concuerda "plenamente con el artículo 33 del Código de Organización Judicial, que dice: 'conoce la Sala de Casación en lo Criminal,'" pero en manera alguna allí se dice que el conocimiento sea privativo y en una sola instancia, como de modo terminante e imperativo lo dispone el mismo Código para las causas de responsabilidad contra el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Magistrados de la Corte, Consejeros de Estado y Procurador General de la Nación (artículo 29 del citado Código).

"Y la razón es obvia, porque para éstos no hay superior, porque los juzga precisamente la más elevada entidad del Poder Judicial, que es la Corte Plena. En cambio, a otros funcionarios los juzga la Sala de Casación en lo Criminal; conforme al principio de la armonía jurídica no podría establecerse que esta Sala conociera privativamente y en una sola instancia, como en el caso de acusación por responsabilidad contra un Gobernador, porque se violarían las disposiciones terminantes del procedimiento penal, en que se reconoce expresamente al acusado, como queda dicho, el derecho de interponer recurso de apelación contra la sentencia definitiva y aun la consulta de la misma sentencia ante la Corte Suprema, entidad superior a una cualquiera de sus Salas, derecho consagrado por el artículo 1892 del Código citado, y que constituye una garantía o prerrogativa del acusado, cuya defensa protege y defiende la ley."

Que no existe vacío en el procedimiento en relación con este recurso de apelación; pues claramente el artículo 1891 reconoce este derecho, como queda demostrado, y que de no existir dicho artículo se llenaría su vacío con lo dispuesto por la ley en casos semejantes, en los juicios comunes ordinarios, atendidos a los preceptos de los artículos 2020 y 2021 del citado Código.

Estudia luégo cuál es la entidad que debe conocer de este recurso, y sobre el particular dice:

"Si se atiende al artículo 1892 de la referida obra, que es especial y expreso, correspondería a la Corte Plena, pero armonizada esta disposición con el ordinal 2º del artículo 38 del Código de Organización Judicial, tenemos que corresponde a la Sala de Negocios Generales de la Corte, a la cual corresponde el conocimiento de asuntos como éste, adscritos a la Corte Suprema por leyes especiales, y que no hubieren sido asignados o atribuídos por las mismas leyes a la Corte Plena. A esas leyes especiales pertenecen las relativas al procedimiento extraordinario para los juicios de responsabilidad (artículos 1891 y 1892 de la obra citada)."

Sostiene, por tanto, que debe surtirse una segunda instancia ante la Sala de Negocios Generales; pues solamente los asuntos o causas "que no tienen segunda instancia, son los que se adelanten contra el Presidente de la República y demás funcionarios citados en el artículo 29 del Código Judicial, por haber dicho esta disposición que de tales negocios conocerá no una Sala, sino la Corte Plena, y en una sola instancia."

Solicita que en el estudio o resolución de su memorial se tengan en cuenta las disposiciones contenidas en el artículo 26 de la Constitución, inciso 2º, e inciso 5º del artículo 45 de la Ley 153 de 1887, donde se establece que la ley permisiva o favorable prevalecerá en materias penales, y que toda duda debe resolverse en favor del procesado; y agrega que corrobora sus afirmaciones jurídicas, lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 118 de 1931, según el cual, el auto de sobreseimiento y la sentencia definitiva en los juicios de responsabilidad que hayan de seguirse por los trámites ordinarios y extraordinarios, se consultarán con el superior respectivo, y ese superior, en el presente caso, con relación a la Sala de Casación en lo Criminal, es la Corte Plena, y a nombre de ésta, por mandato legal, la Sala de Negocios Generales (ordinal 5º del artículo 33 del Código Judicial).

Las Salas, agrega, por sí son de igual categoría, "pero en el presente caso, la de Negocios Generales interviene en representación de la Corte Plena; pues como queda expresado, la entidad competente es la Corte Plena, pero

atendida la circunstancia de no figurar entre las atribuciones especiales que señala el artículo 29 del Código Judicial, corresponde entonces decidir el asunto como lo previene el artículo 38 de la misma obra, que dice:

'La Sala de Negocios Generales tiene, además, las siguientes atribuciones:

. . . . . .

'2º Conocer de los asuntos que corresponden a la Corte Suprema de Justicia por mandato de la Constitución o leyes especiales, no atribuídos a la Corte Plena.'

"Esa Ley especial es precisamente la ya citada, artículos 1721 y 1891 del Código Judicial."

Se considera:

Es cierto que el artículo 1721 del Código Judicial dispone que toda sentencia definitiva, dictada en causa criminal, es apelable, en el efecto suspensivo, y una disposición semejante existe en materia civil; pero en ambos casos es necesario que exista una entidad ante la cual pueda surtirse tal recurso, establecida y reconocida por la ley, verbigracia, cuando es un juez municipal el que falla, pues entonces la apelación se surte ante el Juez del Circuito, ante el Tribunal si este último juzgado es el que decide en primera instancia, o ante la Corte, en sus respectivos casos, si el Tribunal es el fallador en primera instancia.

Mas la situación es distinta cuando se trata de asuntos adscritos exclusivamente a la Corte, llámese en Pleno, llámese Sala Civil de Unica Instancia, llámese de Negocios Generales, de Casación Civil o de Casación Penal, porque entonces no hay una entidad superior y más alta ante la cual pueda surtirse recurso alguno; por algo se llamará "Corte Suprema de Justicia." Así, la Corte en pleno falla en demandas de inexequibilidad de leyes y decretos; la Sala Civil de Unica Instancia falla definitivamente en todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos; la Sala de Negocios Generales falla, definitivamente, entre otras cosas, sobre las cuestiones que se susciten entre dos o más Departamentos, cuando éstos obren en su carácter de personas jurídicas en en el campo del derecho privado; la Sala de Casación en lo Civil falla definitivamente, entre otros casos, en recurso de revisión en materia civil, sin que hasta ahora se le haya ocurrido a nadie que, por tener tales sentencias carácter definitivo, tengan o puedan tener recurso de apelación o de consulta.

La circunstancia de que el artículo 33 del Código de Organización Judicial diga:

"La Sala de Casación en lo Criminal conoce," en tanto que el artículo 29 de la misma obra, al referirse a la Corte en Sala Plena, diga que "conoce privativamente y en una sola instancia," no quiere decir, como lo pretende el doctor Reyes Llaña, que los asuntos de que conoce la primera, detallados en el mencionado artículo 33, no lo sean en una sola instancia y también con carácter privativo, porque esas expresiones "privativamente y en una sola instancia," sobran, están de más en el artículo 29; pues no existiendo entidad superior a la Corte en la jerarquía judicial, si se le adscribe el conocimiento de las causas de responsabilidad contra el Presidente de la República, el Encargado del Poder Ejecutivo.... etc., se entiende, desde luégo, que el procedimiento o juicio respectivo no puede tener sino una sola instancia. Tan cierto es esto, es decir, son tan inútiles esas expresiones, que el mismo Código, en el artículo siguiente, o sea el 30, al referirse a otra atribución de la misma Corte reunida en pleno, y de la cual conoce y falla, también como es natural, en una sola instancia, no empleó esta palabra ni la de **privativamente**, simplemente dijo:

"Corresponde también a la Corte Suprema en pleno, decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o de las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano, previa audiencia del Procurador General de la Nación," sin que la omisión de esos términos varíe en nada el sentido y alcance de ese artículo.

Asimismo, al referirse el artículo 32 a la Sala de Casación Civil, únicamente dijo el legislador, al igual que para la Sala de Casación en lo penal, "conoce," sin agregarle tampoco lo de **privativamente** y en una sola instancia, y sin que tal cosa signifique que las sentencias que pronuncie esa Sala, al decidir, por ejemplo, recursos de revisión en materia civil, tengan apelación ante la Sala de Negocios Generales; pues con la argumentación del doctor Reyes Llaña, a semejantes conclusiones se llegaría. Tampoco el legislador, al enumerar las atribuciones de esta última Sala, en el artículo 36, consignó la expresión "en una sola instancia."

El hecho de que algunos altos funcionarios, como el Presidente de la República, los Magistrados de la Corte, los Consejeros de Estado, etc., disponga la ley que sean juzgados por la Corte en Sala Plena, y en cambio otros, como los Gobernadores, los Intendentes, los Oficiales mayores, etc., por la Sala de Casación en lo Criminal, sólo significa que, dada la categoría de los primeros, debe toda la entidad Corte Suprema de Justicia, con el concurso de todos sus Magistrados que la integran, intervenir y tomar parte en el conocimiento y decisión de los respectivos asuntos; en cambio, respecto de los otros, de menor categoría, estimó que la sola intervención de una de sus Salas, la de Casación en lo Criminal, era suficiente; mas en ningún caso pretendió establecer el legislador que lo resúelto por ésta, apenas se considerara como una decisión de primera instancia, porque la división en Salas sólo ha tenido por objeto la distribución de funciones, buscando la especialidad, mas no la de colocar a unas en jerarquía inferior a las otras Salas; en sus respectivas atribuciones representan a la entidad Corte Suprema de Justicia, y por eso encabezan con esa denominación sus sentencias.

La Corte Suprema de Justicia, como Corte Plena, dijo el artículo 1º de la Ley 56 de 1914, conocerá: (entonces tampoco se agregó lo de "privativamente y en una sola instancia," que no hace falta):

"De los negocios indicados en los ordinales 1º, 2º, 3º y 6º del artículo 4º del Código Judicial....."

Y el artículo 3º de esa misma Ley y año estableció:

"La Sala de Negocios Generales conocerá de los demás asuntos que corresponden a la Corte Suprema, por la Constitución o las leyes, no atribuídos a la Corte Plena o a la Sala de Casación."

En virtud de tal atribución, vino a conocer esta Sala de algunos asuntos criminales hasta cuando se expidió la Ley 78 de 1923, que estableció y reglamentó el recurso de casación en materia criminal, y que en su artículo 14 dispuso lo siguiente:

"Al entrar a regir esta Ley quedará aumentado en tres Magistrados el personal de la Corte Suprema de Justicia, los cuales formarán la Sala de Casación en materia criminal, a la que se adscribe el conocimiento de los nego-

cios criminales de que actualmente conoce la Sala de Negocios Generales...."

De acuerdo con esta última disposición, los negocios criminales adscritos a la Corte, y que no pertenezcan a la Corte Plena, corresponde hoy su conocimiento a la Sala de Casación en lo Criminal, en la misma única y sola instancia en que antes juzgaba y decidía la Sala de Negocios Generales.

El doctor Reyes Llaña ha transcrito, de un modo incompleto, el ordinal 2º del artículo 38 del actual Código de Organización Judicial, desde luégo involuntariamente. Este artículo dice:

"La Sala de Negocios Generales tiene, además, las siguientes atribuciones:

. . . . . .

"2ª Conocer de los demás asuntos que correspondan a la Corte Suprema, por mandato de la Constitución o leyes especiales, no atribuídos a la Corte Plena o a las **Salas de Casación.**"

El doctor Reyes Llaña omitió en la transcripción esta última frase, que la Corte subraya. Es así que a la Sala de Casación en lo Criminal le está atribuído, primero en virtud de lo que dispuso el mencionado artículo 14 de la Ley 78 de 1923, y luégo en virtud de lo que hoy dispone el artículo 33 del Código de Procedimiento vigente, lo relativo a las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, entre otros funcionarios, por los Gobernadores, luego la Sala de Negocios Generales ninguna intervención tiene en esos asuntos, porque la misma Ley ha determinado cuál es la Sala que debe conocer de ellos, es decir, la de Casación en lo criminal.

Y es inconcebible que si la Ley le adscribió el conocimiento de esa clase de negocios a la Sala de Casación en lo Criminal, cuestión lógica, dada la índole de sus fines y organización, le hubiera dejado, sin embargo, a la Sala de Negocios Generales el conocimiento de esos mismos negocios en segunda instancia, como lo pretende el doctor Reyes Llaña, y porque, además, esa misma Ley indica en el artículo 37, cuál o cuáles son los asuntos de que ella conoce en segunda instancia, sin que allí estén comprendidos tales asuntos, así como se indica en el artículo 35 cuáles son los negocios de que conoce en la misma forma la Sala de Casación en lo penal, sin que en ninguna parte se encuentre, de otro lado, lo que es conveniente anotar, que la Corte Plena conozca de asunto alguno en segunda instancia.

Y mal puede admitirse esa segunda instancia ante la Sala de Negocios Generales, desde luégo que entre las diversas Salas de la Corte, como ya se dijo, no existe dependencia de superior a inferior, ellas funcionan con independencia dentro del radio de sus atribuciones, y cada una representa a la entidad Corte Suprema; de suerte que la Sala de Casación en lo Criminal no es un Tribunal de primera instancia, como lo pretende el doctor Reyes Llaña.

Los fines que ha perseguido el legislador al establecer distintas Salas en la Corte, en busca de la especialidad, de la distribución equitativa del trabajo, **ratione materiae,** de la independencia y separación de sus funciones para obtener el mayor éxito y acierto, excluyen esa segunda instancia, y así, no es posible suponer siquiera que la Sala de Negocios Generales, que está conociendo hoy de asuntos delicadísimos atribuídos por la ley, a los cuales tiene que consagrar todas sus actividades, tuviera, además, la ponderosa carga, como lo piensa el doctor Reyes Llaña, de conocer en segunda instancia de los siguientes negocios, en virtud de apelación o de consulta:

"Del recurso de revisión en materia criminal;

"De los juicios sobre extradición de reos, sin perjuicio de lo estipulado en los Tratados públicos;

"De las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, por los Senadores y Representantes, en el caso del artículo 75 de la Constitución, y por los empleados siguientes: los Secretarios de las Cámaras Legislativas, los Agentes Diplomáticos y Consulares; los Gobernadores de Departamento, Intendentes o Comisarios del Territorio Nacional y sus Secretarios; los Magistrados de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial y de los Tribunales Seccionales Administrativos, los Secretarios y Oficiales Mayores del Despacho Ejecutivo, el Fiscal, los Secretarios y Oficiales Mayores del Consejo de Estado, los Secretarios y Oficiales Mayores de la Corte Suprema de Justicia, los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito, los Comandantes en Jefe de las fuerzas de la República, los Agentes comisionados que celebren contratos en la consecución de empréstitos en el Extranjero, los Administradores Principales de Hacienda Nacional en los Departamentos, el Tesorero General de la República, los Administradores de las Aduanas, Salinas y Casas de Moneda; el Contralor y el Auditor General de la Contraloría, los Intendentes Generales de Guerra y Marina, el Auditor General de Guerra, los Comandantes Generales del Ejército, los Tesoreros Generales de Guerra, el Director General de la Policía Nacional, el Superintendente Bancario y el Jefe de la Sección de Provisiones.

"De las causas que se sigan por delitos comunes y de responsabilidad, cometidos en cualquiera otra época por particulares o empleados públicos que, al tiempo que deba decidirse sobre el mérito del sumario, desempeñen algunos de los empleos especificados en el número anterior....," etc., etc.

Bien se comprende que semejante involucración de funciones es rechazada por la Constitución, por la ley y por elementales principios de organización judicial y de armonía jurídica.

De modo que cuando disposiciones, como el artículo 9º de la Ley 118 de 1931, prescriben que el auto de sobreseimiento y la sentencia definitiva en los juicios de responsabilidad que hayan de seguirse por los trámites ordinarios y extraordinarios, se consultarán con el superior respectivo, tal cosa se cumple cuando existe y funciona ese superior respectivo, y la Corte Suprema, representada por la Sala de Casación en lo Criminal, no tiene superior ante la justicia humana.

No hay, pues, disposiciones ambiguas que interpretar en favor del sentenciado, ni lagunas que suplir; la situación es clara como la luz del día; no cabe el recurso de apelación que se quiere hacer valer.

Es conveniente anotar como antecedente de gran valor, que uno de los motivos que llevaron al Congreso a suspender la Ley 103 de 1923, fue el haber pretendido colocar en plano de superioridad a la Sala de Casación Civil sobre la de Negocios Generales, dándole a la primera facultad de revisar determinados fallos de la segunda. En el informe que entonces rindió a las Cámaras la Corte, suscrito por todos los Magistrados, se dijo sobre el particular lo siguiente, que es conveniente reproducir:

"La Corte Suprema de Justicia, según se ve en el Título XV de la Constitución, fue creada para conocer de negocios muy importantes, magnos en sí mismos, como los de recursos de casación, de inexequibilidad de actos legisla-

tivos objetados por el Gobierno como inconstitucionales, de las causas relativas a la navegación de los ríos navegables que bañan el territorio de la Nación, o por la calidad de los litigantes: la Nación, los Departamentos, los Agentes Diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, o los altos funcionarios del Estado a quienes se les haya de seguir causas criminales. A todo lo cual agregó el constituyente de 1910 el conocimiento de las demandas de inexequibilidad de leyes y decretos ejecutivos acusados de ser inconstitucionales.

"Pero el nuevo Código Judicial ha desnaturalizado la altísima misión constitucional de la Corte, pues a la vez que ha convertido la Sala de Casación en tribunal de instancia, siendo así que debe ser tribunal de puro derecho, la ha colocado en pie de superioridad respecto de la Sala de Negocios Generales, pues le ha asignado la revisión de ciertos fallos que ésta dicte, como ya os lo anotamos.

"La Constitución ha dado al Congreso ciertamente la facultad de señalarle a la Corte otras atribuciones por medio de leyes. Pero esto debe entenderse en armonía con las atribuciones que ella misma le ha asignado, como entidad suprema y una, aunque dividida en Salas para el mejor despacho de los asuntos, por el principio de la división del trabajo. Cada una de las Salas en el despacho de sus asuntos, representa a la Corte como Tribunal supremo, y esta idea del constituyente excluye inexorablemente la que ha puesto en práctica el Código Judicial, de que la Sala de Casación es superior a la de Negocios Generales."

Y si de parte del doctor Reyes Llaña se explica su error al intentar una apelación que no reconoce la ley, la adhesión a ese pedimento, hecha por el señor Procurador, ha sido recibida con extrañeza por esta Sala; pues no acierta a comprender cómo él, que desempeña como Agente del Ministerio Público su importante colaboración ante la Corte, que conoce muy bien su organización y las distintas y separadas atribuciones de las Salas, puede sostener seriamente que procede tal recurso, que por otra parte jamás había hecho valer en los numerosos asuntos que en análogas condiciones han sido decididos por esta Sala. Si tal recurso se concediera, sería ir contra claras normas legales, y no se expone esta Sala a incurrir en ese grave error.

En virtud de lo expuesto, se niega el recurso de apelación de que se ha hecho mérito en este auto.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la **Gaceta Judicial.**

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre seis de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

Carlos Arturo Castro Vega, como representante de las sucesiones de Agustín de Castro y Ana María de Castro, entabló demanda contra la Nación ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, para que se decretara el cumplimiento de una sentencia dictada por la Corte Suprema de la Confederación Granadina, el veintisiete de septiembre de mil ochocientos cincuenta y nueve, medio por el cual busca el demandante que la Nación entregue todos los bienes de que tratan los puntos a), b), c) y d), de la tercera de las declaraciones formuladas en dicha demanda. Esta fue repartida el veintidós de julio de mil novecientos veintisiete a la Sala de que forman parte el señor Magistrado doctor Medellín, y siguió el curso correspondiente.

Con fecha cinco de diciembre de mil novecientos veintinueve fue presentado ante el Tribunal mencionado, y repartida a la Sala del señor Magistrado doctor Cruz, una nueva demanda promovida por el mismo Carlos Arturo Castro Vega contra la Nación y como representante de la sucesión de Ana María de Castro. La parte petitoria de esta demanda comprende siete puntos y los bienes en ellos detallados, cuya entrega solicita el actor, son los mismos, más o menos y salvas algunas diferencias de nombre y situación, que los pedidos en la demanda primitiva. A esta conclusión puede llegarse de la comparación de las dos partes petitorias, máxime si se considera la naturaleza y origen de este negocio, que por sus peculiaridades no puede confundirse con otro.

En la situación apuntada, el apoderado de la parte actora en el último juicio pidió la acumulación de éste al primero fundándose en que en ambos negocios se discutían los mismos bienes, se invocaban las mismas razones, debatían las mismas partes y se ejercitaban idénticas acciones.

El Tribunal dio curso al incidente en debida forma, y falló de esta manera, con fecha veintiocho de abril último:

"Por las razones anteriormente expuestas, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decreta la acumulación solicitada en memorial presentado el seis de febrero del corriente año, por el apoderado de la parte demandante. En consecuencia, síganse los dos juicios bajo una misma cuerda, y suspéndase el curso del primeramente iniciado, mientras el otro llega al mismo estado de procedimiento."

Para fundar su decisión, el Tribunal consideró lo siguiente:

"Comparando detenidamente los bienes sobre que versan las demandas en cuestión, no puede deducirse, en el estado actual de los dos juicios, que haya completa identidad entre unos y otros. Por otra parte, la primera demanda versa sobre el cumplimiento de una sentencia, medio por el cual se dirige el actor a obtener la entrega de los bienes ya relacionados; al paso que la segunda, versa directamente sobre el dominio y entrega de determinados bienes, citando la referida sentencia, no para pedir expresamente su cumplimiento, sino como uno de los hechos fundamentales de la acción. No puede concluirse, pues, que el objeto de las demandas sea uno mismo para los efectos del numeral 2º del artículo 786 del Código Judicial.

Empero, considerando el caso desde otro punto de vista, se tiene lo siguiente:

Carlos A. Castro V. demandó primero como representante de la doble sucesión iliquida de Agustín y Ana María de Castro, padre e hija, respectivamente. Después demandó como representante de la misma sucesión de Ana María de Castro. Del contexto de la primera demanda se desprende claramente que a Agustín Castro se atribuye la calidad de causante de su hija Ana María, muerta con posterioridad a aquél. De manera, pues, que, partiendo de dicha base, la herencia de Agustín se dice transmitida por conducto de Ana María a los herederos de ésta, y, por tanto, en la herencia de Ana María vino a confundirse la de Agustín, su padre. De lo anterior se deduce que existe identidad jurídica entre las personas de los dos demandantes; y como la persona demandada y la acción ejer-

citada son también unas mismas en los dos juicios, síguese que ha llegado el caso previsto en el numeral 3º del artículo 787 del citado Código, para decretar la acumulación."

En virtud de apelación interpuesta por el Fiscal 1º del Tribunal contra el auto de veintiocho de abril citado, recurso que concedió la respectiva Sala, debe la Corte resolver en el incidente, y para ello considera:

La acumulación de autos tiene por principal objeto evitar trabajo inútil a los juzgadores y perjuicios a los interesados litigantes, provenientes del adelantamiento de juicios diferentes que tiendan a un mismo fin, y que, por lo tanto, dan lugar a sentencias incompatibles y a que se divida la continencia de la causa, según los casos del artículo 787 del Código Judicial.

En el asunto de que se trata, el representante de las sucesiones de Agustín de Castro y Ana María de Castro, indudablemente buen conocedor de las cosas o bienes litigiosos, quiere que se acumulen las dos demandas, en las cuales se ejercita en definitiva la misma acción, o sea la restitución de dichos bienes, por más que en la una se pida esto directamente, y en la otra por medio del cumplimiento de la sentencia de mil ochocientos cincuenta y nueve, dictada por la Corte Suprema de la Confederación Granadina.

Aun admitiendo que la identidad de las cosas o bienes de que hablan las demandas, no se ha establecido del todo, siempre resulta evidente que la acción y los litigantes son los mismos.

Es éste un negocio típico en que la acumulación se impone; porque no ofrecen dudas los elementos en que ella debe apoyarse legalmente. Por otra parte, la base jurídica del fallo apelado es suficientemente firme.

En este mismo negocio, y con fecha cuatro de septiembre de mil novecientos veintinueve, dictó el Magistrado sustanciador un auto cuya parte resolutiva dice:

"Por las razones expuestas se suspende el cumplimiento del auto de fecha dos de julio del corriente año, en cuanto se refiere a la copia de los informes científicos rendidos por los comisionados del Gobierno, en cumplimiento de la Ley 87 de 1925, y se dispone librar nuevo despacho al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público para que se sirva expedir la copia solicitada de las diligencias de entrega y avalúo a que se refiere la última parte del referido auto...."

La providencia transcrita, que es de mera sustanciación, fue apelada por el doctor Gonzalo Gómez, y el Magistrado que la dictó, concedió el recurso él solo, en el efecto suspensivo y para ante la Corte.

Conforme al artículo 88 del Código de Organización Judicial la apelación de esos autos, si causan gravamen irreparable por la sentencia definitiva, como parece que es el caso aquí, se surte ante el Magistrado o Magistrados que concurren a formar la Sala de Decisión. De lo dicho resulta que no puede entrarse a fallar respecto de la providencia en cuestión.

Por tanto, la Sala, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el auto de veintiocho de abril último, materia de la apelación del Agente del Ministerio Público, y se abstiene de revisar el de cuatro de septiembre de mil novecientos veintinueve (1929).

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

El doctor Carlos H. Pareja, en su carácter de apoderado judicial del doctor Enrique Martínez Pereira, y en nombre de éste, según libelo de fecha tres de julio de mil novecientos veintinueve, dirigido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, demandó a la Nación colombiana (sic), representada por el respectivo Agente del Ministerio Público, para que, mediante los trámites del juicio civil correspondiente, se le condene a pagar los daños y perjuicios que le ocasionó con la retención o decomiso y orden de reexportación de cien kilos de opio en bruto, medicinal, actos verificados por la Aduana de Cartagena; para que se obligue también al Estado a restituír al doctor Martínez Pereira la cantidad de opio mencionada, o cantidad equivalente o el valor de la misma, y para que se le condene al pago de los perjuicios morales a que haya lugar.

Admitida la demanda, en tiempo hábil el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior mencionado, opuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, consistente en la falta de competencia del Tribunal para conocer del negocio, fundándola en las disposiciones de la Ley 38 de 1918, que dicen:

"Artículo 1º De las expropiaciones, así como de los daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas, fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, será responsable la Nación cuando haya redundado en provecho suyo.

"Artículo 2º El Consejo de Estado conocerá de las reclamaciones que se intenten contra la Nación por los hechos de que trata el artículo anterior."

Tramitado el incidente en la forma legal, fue decidido, según sentencia de fecha cinco de mayo del año en curso, declarando infundada la excepción propuesta. Y como el señor Fiscal interpuso recurso de apelación, que le fue admitido, subieron los autos a este Despacho, donde legalmente tramitada la instancia, ha llegado la oportunidad de resolver lo que se estima jurídico.

Según lo dispuesto por el artículo 73 del Código Judicial, los Tribunales Superiores conocen en primera instancia de los negocios contenciosos en que figure como parte la Nación, exceptuados los que se expresan en el artículo 40 del mismo Código; esta disposición se encuentra confirmada por la del artículo 7º de la Ley 169, donde se advierte, además, que en estos negocios no se establece diferencia por razón de su naturaleza o su cuantía.

Como excepción a esta regla general, la Ley 38 de 1918, en su artículo 2º, dio competencia al Consejo de Estado para conocer de las reclamaciones que se intenten contra la Nación por expropiaciones y por los daños en propiedad ajena causados por órdenes o providencias administrativas emanadas de las autoridades nacionales, fuera de los casos previstos por el artículo 33 de la Constitución, que se refieren a la expropiación en tiempo de guerra, cuya necesidad podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial, y en que la indemnización podrá no ser previa.

Armonizadas todas las disposiciones de la Ley 38 citada, y observando especialmente lo estatuído en el artículo 6º de allí, según el cual se extienden las disposiciones de la Ley a las reclamaciones que se hubieren intentado y

estén pendientes ante el Ministerio del Tesoro, se concluye, sin lugar a duda, que la competencia atribuída al Consejo de Estado para conocer de esta clase de negocios, está limitada a las expropiaciones y daños originados en tiempo de paz por las autoridades administrativas, mas no a las controversias de índole diversa, que, como la presente, se refiere también a la indemnización de perjuicios morales que exige una amplia demostración; y más si se aprecia que se trata de una disposición excepcional que debe interpretarse en sentido restricto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia de que se ha hecho mérito.

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

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

A la demanda dirigida al Tribunal Superior de Popayán por el señor Fiscal 2º de dicho Tribunal contra el Hospital de San José, el Municipio de Popayán y varios individuos particulares, sobre expropiación por causa de utilidad pública de varias zonas de terreno para la carretera nacional del Suroeste, que se construye en aquel Departamento, recayó el auto de fecha diez de junio último por el cual se decidió que no corresponde al mencionado Tribunal el conocimiento en primera instancia de la precitada demanda, sino al respectivo Juez de Circuito, y se dispuso devolver el libelo de demanda al interesado. En dicha providencia salvó su voto el Magistrado doctor Germán Fernández.

A virtud de apelación interpuesta por el demandante, han subido los autos a la Corte, donde previa audiencia del señor Procurador y mediante la tramitación y el estudio que el caso requiere, se procede a resolver lo concerniente.

Basa el Tribunal su tesis en el artículo 6º de la Ley 84 de 1920, en cuanto esta disposición establece que en los juicios de expropiación de que trata la Ley 35 de 1915, la Nación será representada por el Fiscal del Tribunal Superior respectivo, disposición que, agrega el Tribunal, sería inoficiosa si la competencia en tales juicios correspondiera a los Tribunales en primera instancia.

También hace presente que la palabra Juez, empleada en el artículo 7º de la Ley 19 de 1921, se refiere al respectivo Juez de Circuito de que habla la Ley 35 de 1915, por obra del artículo 9º de la Ley 38 de 1918.

Finalmente, hace valer este último artículo y el 8º de la 67 de 1926, que respectivamente establecen:

"Las disposiciones contenidas en los artículos 13 y 27 de la Ley 35 de 1915, serán aplicables en cuanto se trate de expropiaciones para la construcción de todas las vías públicas de comunicación, sean nacionales, departamentales o municipales, y ya se trate de construcciones directas, delegadas o por contratos de ejecución.

"Extiéndense a todas las empresas de utilidad pública las disposiciones a favor de las vías férreas que consagra la Ley 35 de 1915 y las de la presente."

De conformidad con los dos textos legales preinsertos, las disposiciones de la Ley 35 de 1915 son aplicables hoy a todos los juicios de expropiación por causa de utilidad pública, sea que se trate de vías férreas o de otra clase de obras.

Ahora bien, el artículo 10 de dicha Ley establece que "de los juicios de expropiación para vías públicas que no sean ferrocarriles (que es el caso que aquí se considera), conocerán en primera instancia los Jueces de Circuito, y en seguida los Tribunales de Distrito Judicial, aunque en tales juicios tengan interés los Departamentos."

La última parte de la disposición, referente a los juicios en que tengan interés los Departamentos, tiene por objeto sustraer tales juicios a la jurisdicción especial establecida en el artículo 7º de la Ley 169 de 1896, según el cual a los Tribunales Superiores compete el conocimiento en primera instancia "de los juicios entre los Gobiernos de los Departamentos y los particulares, cualesquiera que sean su naturaleza y su cuantía."

Esto induce a considerar que si no se declararon incluídos en la regla del citado artículo 10 los juicios de expropiación en que sea parte la Nación, fue porque respecto de ellos se quiso dejar vigente la jurisdicción especial consagrada en el ordinal 1º del artículo 7º de la mencionada Ley 169, que atribuye a los Tribunales Superiores el conocimiento en primera instancia de los juicios contenciosos en que figura como parte la Nación, respetando así el precepto del artículo 151 de la Constitución, que asigna a la Corte Suprema el conocimiento de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación.

No es dudoso para la Corte que los juicios de expropiación son de carácter contencioso, una vez que entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria no hay término medio, y que esta última, como su nombre lo indica, es la que se ejerce **inter volentes**, al paso que conforme al artículo 1º de la Ley 67 de 1926, sólo en caso de no ser posible llegar a un arreglo amigable con el interesado, se puede proceder a iniciar el respectivo juicio de expropiación, lo cual hace ver que éste tiene lugar **inter invitos**, o sea que la jurisdicción en estos juicios es de carácter contencioso.

Sirve de confirmación a lo anterior la consideración de que el juicio de expropiación es un procedimiento compulsivo para obligar a realizar la venta forzada a quien no se presta a ella voluntariamente, y la de que la naturaleza de la jurisdicción no cambia en razón de lo más o menos sumario del juicio en que ella se ejerce.

Por las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el auto apelado y dispone sea devuelto el expediente al Tribunal a quo, a fin de que aprehenda el conocimiento del asunto.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la **Gaceta Judicial**.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Imprenta Nacional

REPÚBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, febrero 10 de 1933. | Número 1871

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—(Sala Plena)—Bogotá, siete de septiembre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

El doctor Roberto Garavito, en muy corta demanda, solicita que se declare inexequible el artículo 17 de la Ley 81 de 1931, como violatorio de los artículos 19 y 31 de la Constitución. Como única razón trae la siguiente:

"Este artículo, como se ve claramente, es violatorio de los artículos indicados, y propiamente hablando, un atentado contra los derechos individuales, contra la libertad comercial y consiguientemente contra el progreso de la Nación, porque pone trabas al libre funcionamiento del comercio y acaba con el principio de que los funcionarios públicos están instituídos para el servicio honrado y justo de los ciudadanos."

El artículo acusado dice:

"Los Notarios no prestarán sus servicios en el otorgamiento de instrumentos públicos o privados que se relacionen con el traspaso, hipoteca, arrendamiento o cualesquiera otras operaciones sobre propiedad raíz, o con derechos sucesorios sobre propiedad raíz u otra clase de propiedad, o con la autorización de otra clase cualquiera de instrumentos que deban ser otorgados ante los Notarios, sin que se les presente prueba, en cada caso, de que los otorgantes están a paz y salvo con la Nación, por impuesto sobre la renta. Tampoco prestarán estos funcionarios sus servicios en la protocolización de ningún expediente de juicios de sucesión o de escrituras de partición amigable de bienes herenciales, sin que se les presente el comprobante del pago de los impuestos sobre la renta debidos por el difunto o causante al tiempo de su muerte, o después de ésta por la sucesión o por los beneficiarios. Los comprobantes de que se hace mención en este artículo serán expedidos por el Recaudador de Hacienda Nacional del Municipio de la vecindad de los otorgantes o beneficiarios, o de la última vecindad del causante, y serán expedidos en papel común. En aquellos lugares en donde no haya Recaudador de Hacienda Nacional, ni empleado alguno que desempeñe las funciones de tal Recaudador, los comprobantes serán expedidos por el Alcalde. No se cobrará derecho alguno por la expedición de dichas pruebas. Estas se agregarán a los instrumentos públicos en su caso, y de ellas se tomará nota en el libro de registro cuando se trate de instrumentos privados que se registren. Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a protocolización o registro de actos de traspaso de propiedad por ventas forzadas, ni en el otorgamiento o protocolización de testamentos por ante Notario."

El artículo 19, uno de los que se señala como violado, dice que las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales previniendo y castigando los delitos. Basta la lectura de este artículo para deducir que no tiene relación alguna con la disposición acusada, como tampoco la tiene el otro que se invoca, o sea el 31, y que versa sobre los derechos adquiridos, a menos que el acusador pruebe, dice acertadamente el señor Procurador, que el hecho de defraudar al Fisco de la Nación es un derecho adquirido con justo título y con arreglo a las leyes.

El artículo acusado no prohibe que los Notarios presten sus servicios a determinadas personas y en determinados actos; lo que hace es exigir requisitos especiales, semejantes a los que siempre ha venido exigiendo, tales como la comprobación del pago del impuesto predial, boleta de registro, papel sellado, etc., los cuales una vez cumplidos, dan derecho a los interesados para solicitar la intervención del Notario en sus respectivos actos o contratos. De suerte que el artículo en cuestión no menoscaba ese derecho, sino que únicamente establece requisitos que deben cumplirse previamente para que ese derecho pueda ejercitarse en plenitud.

Ya en sentencia de fecha noviembre veinte de mil novecientos veintiocho, publicada en la **Gaceta Judicial** número 1800, con el voto unánime de todos los Magistrados, había dicho la Corte:

"Ahora bien: la disposición acusada no impide que el propietario de inmuebles los venda o enajene a la hora que lo quiera. Basta que esa sea su voluntad para que lo pueda realizar, comprobando haber pagado el impuesto sobre la renta, del propio modo que debe comprobar también el pago del impuesto de registro sobre la transacción que va a verificarse, sin que por esto pueda entenderse que se le ha impedido o cercenado la facultad de disponer de sus bienes. Las leyes sobre impuestos, en sí mismas y en la manera de hacerlas efectivas, imponen por su naturaleza ciertas limitaciones a la actividad civil y comercial, y aun privan en parte de la propiedad privada, como necesaria retribución del servicio de la seguridad pública que el Estado presta y da.

"No es dable concebir leyes de impuestos exentas de semejantes efectos, pero no por eso se puede sacar la conclusión de que el legislador viola con ellas, cada vez que las expide, las garantías constitucionales de la propiedad."

Por lo expuesto, la Corte Suprema reunida en pleno, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que el artículo acusado no viola los artículos 19 y 31 de la Constitución, y, por consiguiente, con base en ellos no es inexequible.

Publíquese, cópiese, notifíquese, transcríbase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, publíquese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **José Miguel Arango. Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez — Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Luis F. Rosales—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Luis F. Rosales.

Me aparto de lo resuelto en el fallo anterior, porque, a mi entender, la disposición legal acusada está en pugna con el artículo 19 de la Constitución, que es uno de los que la demanda señala como violados.

En efecto, aquella disposición reza:

"Los Notarios no prestarán sus servicios en el otorgamiento de instrumentos públicos o privados que se relacionen con el traspaso, hipoteca, arrendamiento o cualesquiera otras operaciones sobre propiedad raíz, o con derechos sucesorios sobre propiedad raíz u otra clase de propiedad, o cón la autorización de otra clase cualquiera de instrumentos que deban ser otorgados ante los Notarios, sin que se les presente prueba, en cada caso, de que los otorgantes están a paz y salvo con la Nación, por impuesto sobre la renta. Tampoco prestarán estos funcionarios sus servicios en la protocolización de ningún expediente de juicios de sucesión o de escrituras de partición amigable de bienes herenciales, sin que se les presente el comprobante del pago de los impuestos sobre la renta debidos por el difunto o causante al tiempo de su muerte, o después de ésta, por la sucesión o por los beneficiarios.... Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a protocolización o registros de actos de traspaso de propiedad por ventas forzadas, ni al otorgamiento o protocolización de testamentos por ante Notario." Y el artículo 19 de la Constitución estatuye que "las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos."

Me parece evidente que desaparece la protección que impone el texto constitucional transcrito, desde el momento en que la ley prohibe a los funcionarios públicos nombrados la prestación de sus servicios en aquellos actos de la actividad civil, industrial y mercantil, que requieren su intervención para la eficacia y validez de ellos.

La sentencia dice que con la ley acusada apenas se establece un requisito para poder ejercer plenamente el derecho que los ciudadanos tienen para requerir la intervención del Notario en la celebración de los actos y contratos que la han menester. Pero a esto observo que lo gravado con el impuesto es la propiedad de las personas y de ninguna manera la capacidad civil de ellas, que de esta suerte viene a sufrir un verdadero menoscabo. Muy bien que se persigan los bienes del deudor moroso, que se embarguen, depositen y rematen para pagarse así el Fisco de lo que se le debe, y para ello tiene el mismo Fisco a su disposición las acciones legales que ejercita por medio de la jurisdicción coactiva; pero no se suspenda ni impida la asistencia de los funcionarios públicos que por mandato de la ley se necesita para la ejecución válida de numerosos actos de la vida. No se explica que para obtener un derecho se acuda al expediente de conculcar otro. Porque los derechos individuales los tiene el asociado por ser hombre, por ser miembro de la sociedad, y no por figurar a paz y salvo en la lista de contribuyentes. La propiedad, sola la propiedad debe responder a los gravámenes impuestos a la propiedad, pero esta ley se viene contra la persona misma y niega la protección legal para obligarlo al pago de una deuda. Es una coacción no muy distante ya de la antigua prisión por deudas.

La capacidad de las personas puede recortarse o suspenderse cuando han sido condenadas por delito que merezca la pena de cuatro años de reclusión, como se ve en los casos contemplados en los artículos 315, 586, inciso 9°, y 1068, inciso 8°, del Código Civil. De suerte que es por pena, es decir, por razón de delito cometido y castigado, como puede efectuarse la suspensión o el menoscabo de un derecho civil. Con la disposición que se acusa se afectan derechos civiles de tal magnitud que el deudor queda casi totalmente decapitado en lo que concierne al disfrute de los beneficios de la sociedad civil, y esto sin que sea delito el no pagar oportunamente una deuda. Baste considerar el caso—frecuente en esta hora de ruinas y desastres económicos—de un hombre que ha perdido su fortuna y se halla en incapacidad absoluta de pagar. Pues ese hombre no podrá otorgarle a un hijo el beneficio de la legitimación en los casos del derecho, ni adoptar ni ser adoptado, ni emancipar al hijo adulto, ni reconocerlo como hijo natural ni ejercer tutela o curaduría en que sea necesario inventario solemne, porque esos actos requieren la presencia del Notario. (Código Civil, artículos 239, 280, 313, 318 y 471), como la requiere cualquier acto dispositivo de los bienes raíces. Es decir, que el deudor queda equiparado a delincuente por la paridad de los efectos que resultan en el uno y en el otro caso.

Yo no concibo cómo en un país en que se reconocen y consagran los derechos civiles y las garantías sociales, puede expedirse, y sobre todo mantenerse, una disposición que afecta derechos tan preciosos del hombre y que en ningún país civilizado se suspenden o niegan ni a los más grandes criminales por el hecho de deberle al Estado alguna cantidad.

Puede suceder también que el contribuyente no haya pagado porque tenga excepciones contra el Fisco: la de pago, la de compensación, la de prescripción o la de nulidad; y en este evento queda imposibilitado para hacer valer esas defensas porque tiene que pagar lo que el Fisco le cobra aun teniendo la seguridad de no deberle. "Págueme usted lo que yo afirmo que usted me debe, que lo que yo le deba lo discutimos después," parece ser la fórmula que en favor del Fisco consagra el artículo acusado en la hipótesis propuesta. Esa desigualdad en

que queda el contribuyente respecto a la defensa de sus derechos, no es, no puede ser, la protección que en favor de las personas en su vida, honra y bienes, y por medio de las autoridades, establece el artículo 19 de la Constitución.

Por medio de la Ley de 19 de diciembre de 1864, la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Boyacá dictó una disposición por el estilo de la que ahora es materia de acusación. El Senado de Plenipotenciarios, en Resolución de 12 de noviembre de 1867, la declaró nula porque violaba derechos civiles consagrados por la Constitución de 1863, que la Carta vigente asímismo reconoce.

Otra disposición de la Ley 84 de 1925, sustancialmente igual a la que ahora se demanda, fue acusada ante la Corte por el doctor Gonzalo Gómez, pero no por el artículo 19 de la Constitución, sino por el 37 de la misma, que a la letra dice:

"No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles."

La Corte declaró que no era inexequible por la razón obvia de que con ella, si bien se embarazaba la circulación de la riqueza, no se sometían los bienes raíces a la condición de estancamiento que en el derecho antiguo tuvieron algunas propiedades. Muy claro fue entonces el concepto de la Corte que se transcribe en seguida:

"El artículo 37 de la Constitución—dijo—consagra el principio de la transmisibilidad o libre enajenación de los bienes raíces en oposición al de la amortización que se hacía en otras épocas por medio de mayorazgos o vinculaciones, capellanías y censos irredimibles, y que paralizaban la circulación de la riqueza inmueble del país con grave daño de la economía nacional. Ese canon de la Constitución se encamina visiblemente a impedir la expedición de leyes o instituciones que, como las ya citadas, hagan inamovibles los valores raíces; en otros términos, quiere el constituyente que tales bienes sean siempre enajenables a voluntad de los interesados."

Los apartes de la misma sentencia que se transcriben en la de ahora como fundamento de la decisión de que me aparto me parece que no vienen al caso porque los conceptos allí contenidos son propios a rechazar una acusación que venía por el lado del artículo 37 de la Constitución, al paso que la acusación de hoy se presenta por el aspecto del 19 de la misma obra, o sea para saber si la ley puede disponer que los Notarios públicos no presten su oficio a personas que estén en mora de pagar el impuesto sobre la renta.

Dejo en estos términos salvado mi voto.

Bogotá, septiembre 7 de 1932.

Luis F. Rosales

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Juan E. Martínez.

El artículo 3° de la Ley 84 de 1925 les prohibía a los Notarios prestar sus servicios en el otorgamiento de instrumentos públicos relativos a la trasmisión de la propiedad por actos entre vivos o que contuvieran gravámenes sobre bienes raíces o contratos de arrendamiento, hasta que se les presentaran las pruebas de que los contratantes estaban a paz y salvo con el Tesoro Nacional por razón de impuesto sobre la renta.

El artículo 17 de la Ley 81 de 1931 extiende la prohibición a "otra clase cualquiera de instrumentos que deban ser otorgados ante los Notarios."

Estimo que si es defendible la primera disposición, porque tratándose de transmisiones y gravámenes de la propiedad inmueble no se pueda negar el legítimo interés del Fisco a precaverse de traspasos de bienes que dificulten el cobro del impuesto, no sucede lo propio con la disposición extensiva del segundo artículo nombrado.

Conforme a ésta, no le es dado al Notario prestar su ministerio en asuntos relacionados con el estado civil que requieren otorgamiento de escritura, como los que se citan en el salvamento de voto del señor Magistrado doctor Rosales, siendo así que dichos asuntos ni directa ni indirectamente ofrecen asidero para eludir el pago del impuesto sobre la renta.

Luego, merced al tenor amplio y absoluto del artículo 17, el individuo que no ha satisfecho el valor del impuesto queda prácticamente en una situación de impotencia para la ejecución de muchos actos de actividad jurídica no encaminados a la adquisición o la enajenación de bienes, actos cuya omisión alcanza a perjudicar a terceros inocentes.

Semejante situación de impotencia es una negativa de la protección que el Estado, por medio de sus órganos, les debe a todas las personas residentes en Colombia.

La fuerza coactiva de la autoridad pública es legítima dentro de sus justos límites. Traspasados éstos, aquélla degenera en opresión y, por lo mismo, contraría el deber de protección a que se refiere el artículo 19 del Estatuto Fundamental.

Considero que el artículo legal acusado incurre en un exceso de coacción que lo hace insostenible ante el mencionado artículo constitucional.

En este sentido me aparto, con respeto, de lo decidido en el fallo precedente.

Bogotá, siete de septiembre de mil novecientos treinta y dos.

Juan E. Martínez

Adhiero a los salvamentos de voto de los doctores Rosales y Martínez.

Bogotá, siete de septiembre de mil novecientos treinta y dos.

José Miguel Arango

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, septiembre veintidós de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

En ejercicio de la acción popular que consagra el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, el doctor Camilo Bernal L. pide se declaren inexequibles como inconstitucionales el artículo 8° de la Ley 78 de 1930; el artículo único del Decreto ejecutivo número 2116 de 23 de diciembre del mismo año, y por el cual se ponen en vigencia los impuestos establecidos; el Decreto número 2116 de 24 de diciembre del mismo año, que reglamenta la misma Ley, y el Decreto número 307, de 14 de febrero de 1931, "por el cual se dictan unas disposiciones sobre artículos gravados con impuesto de consumo."

El señor Procurador General de la Nación, a quien se dio traslado de la demanda, se opone a que se reconozca la inexequibilidad demandada.

El artículo 8º de la Ley 78 de 1930, primero de los acusados, dice:

"Invístese al Presidente de la República, por el término de seis meses, a partir de la sanción de esta Ley, de la facultad de poner en vigencia, en cualquier momento, los impuestos y los aumentos de impuestos en ella establecidos."

Considera el acusador que esta disposición es contraria al artículo 1º de la Ley o Acto constitucional número 24 de 1898, y al artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, porque, si bien es cierto que la primera disposición citada no limita las facultades extraordinarias del Presidente de la República, cuando de ellas está investido, y que la Corte ha dicho que la cita que tal inciso hace del artículo 204 de la Constitución, debe entenderse hoy en relación con el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910; que la misma entidad ha negado demandas de inexequibilidad de disposiciones semejantes a la que aquí se acusa, no es menos cierto que "las facultades extraordinarias de que habla el citado inciso no son, no pueden ser aquellas de que el Congreso puede investir al Presidente de la República con apoyo en el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional, pues la tesis contraria llevaría a la conclusión inadmisible de que la Constitución autoriza al Congreso para investir al Presidente de una facultad que a todos los Poderes públicos, inclusive al mismo Congreso, les está expresamente prohibida. O en otros términos, que el Congreso puede delegar en el Presidente una facultad que no posee. Que a esto no puede objetarse que queda sin aplicación el último inciso del artículo 1º de la Ley 24 de 1898, porque si bien el Presidente puede estar investido de facultades extraordinarias, tiene que ser por la Constitución, no por el Congreso, como cuando ocurre el caso del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, en que se comprende perfectamente—dice el acusador—que el Gobierno esté facultado para suspender las garantías constitucionales consignadas en el artículo 1º de la Ley 24 de 1898 y en el artículo 69 del Acto legislativo de 1910. Que no puede admitirse que el constituyente hubiera dejado esas garantías al arbitrio del Congreso, pues que si tal hubiera sido su intención, lo habría expresado claramente y no dejar al Congreso en la necesidad de apelar al expediente de investir al Presidente de facultades extraordinarias.

Se considera:

Como se ve, el acusador en este cargo párte del supuesto de que el Gobierno sólo puede quedar investido de facultades extraordinarias en el caso del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, o sea, cuando ocurre una guerra exterior o una conmoción interior. Pero la Corte, en fallo de veinticinco de marzo de mil novecientos quince, a propósito de acusación semejante a la de que se trata, sentó la doctrina opuesta. De dicho fallo es el pasaje siguiente:

"....Conforme a la Constitución, el Gobierno puede ejercer facultades extraordinarias, cuando amenaza una guerra exterior, una conmoción interior, o cuando el Congreso se las concede pro témpore para una época cualquiera (artículo 33 del Acto legislativo de 1910 y numeral 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886); de manera que no haciendo distinción alguna la disposición transcrita, debe entenderse que ella comprende todos tres casos, e innecesario es repetir, dado el preámbulo y el inciso principal del artículo 1º de la indicada Ley 126, que ésta tuvo por objeto conceder temporalmente al Poder Ejecutivo precisas facultades extraordinarias, en previsión de las proporciones que pudiera asumir la crisis económica y fiscal que al tiempo de su expedición estaba ya iniciada a consecuencia de la actual guerra europea....."

Y en cuanto a la tesis del acusador de que el Congreso no puede dar al Poder Ejecutivo facultades que aquél y los demás Poderes públicos no tienen, además de que el mismo fallo le contesta en su última parte, se observa:

Si en materia de impuestos indirectos rigiera únicamente el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, y no existiera el inciso 2º del artículo único del Acto legislativo de 1898, el Decreto acusado sería opuesto tanto al citado artículo 69 del Acto legislativo de 1910, como al inciso 1º del Acto legislativo de 1898, porque en esa hipótesis el Congreso no podría, en tiempo normal, poner en vigencia impuestos de esa clase antes de los plazos que determinan esos dos Actos legislativos. Pero estando vigentes tanto el inciso 2º del artículo único del Acto legislativo de 1898, como el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886, en que ésta expresamente faculta al Congreso para dar al Presidente de la República facultades extraordinarias, pro témpore y sobre materia determinada, que puede ser la de poner en vigencia algunos impuestos indirectos antes de los plazos que señalan aquellos dos Actos legislativos, como lo ha reconocido la Corte en varios fallos, no puede sostenerse que el Congreso no tenga por la Constitución misma, facultad de dar al Presidente de la República lo que aquél no tiene, o que delega una facultad que al mismo Congreso no se le ha conferido. Como bien lo dice el señor Procurador, en su vista a la demanda de que se trata, "en el caso (del inciso 2º del artículo único del Acto legislativo de 1898), no es que el legislador delegue una facultad propia de él al Gobierno; lo único que en la reforma constitucional se dispone es facultar al Gobierno para ejercer un derecho que la Constitución le confiere a éste, pero que no puede ejercitar, por mandato mismo de la Constitución, sino autorizado para ello por la ley. En esta materia hay dos atribuciones: una del Gobierno, pero que no puede poner en ejecución sino con la autorización del legislador; otra de éste, consistente en la facultad de autorizar al Gobierno para ejercer la primera. No hay pues delegación de funciones del Parlamento al Gobierno, sino el cumplimiento de un requisito necesario de las que a éste constitucionalmente corresponden....."

Concluye, pues, la Corte, que no es inexequible el artículo 8º de la Ley 78 de 1930.

Artículo único del Decreto número 2161 de 23 de diciembre de 1930. Decreto número 2166 de 24 de diciembre de 1930.

El artículo único del primero de dichos Decretos, dice:

"Los nuevos impuestos y los aumentos de impuestos establecidos por la Ley 78 de este año (de 1930), empezarán a regir desde el día primero (1º) de enero de mil novecientos treinta y uno (1931). Por consiguiente, tales impuestos y aumentos de impuestos empezarán a recaudarse desde la fecha expresada, con excepción del

impuesto sobre las primas de seguros, el cual sólo empezará a cobrarse en la época señalada por el parágrafo del artículo 2º de la mencionada Ley 78 de 1930....."

Los artículos pertinentes del Decreto número 2166 de 24 de diciembre de 1930, dicen:

"Artículo 1º Con arreglo al Decreto número 2161 de 2 de los corrientes (de 23 debió decirse), los nuevos impuestos y los aumentos de impuestos establecidos por la Ley 78 del año en curso, empezarán a regir desde el 1º de enero de 1931, con excepción del impuesto sobre las primas de seguros, el cual sólo empezará a cobrarse en la época señalada en el parágrafo del artículo 2º de la mencionada Ley 78 de 1930.

"Artículo 2º Los impuestos sobre el consumo de cervezas, fósforos y naipes se seguirán administrando y recaudando de acuerdo con las disposiciones actualmente vigentes, con las modificaciones establecidas por la Ley 78 de este año, en lo relativo a la tasa de tales impuestos. Por consiguiente, a partir del 1º de enero de 1931, la tasa de los impuestos será la que establece dicha Ley, pero la administración y recaudación no sufrirán otras modificaciones que las establecidas en el presente Decreto.

"A partir del día 1º de enero de 1932, el impuesto sobre el consumo de cervezas se administrará y recaudará en la forma que prescriban las Asambleas Departamentales.

"Artículo 6º El día 1º de enero de 1931 se tomará razón detallada en todo el país de las existencias de cervezas, fósforos y naipes que haya en los lugares de expendio, con el fin de cobrar y hacer efectivo el aumento de impuesto sobre tales artículos, aumento establecido por la Ley 78 del año en curso. En cuanto a la cerveza, los fósforos y los naipes que produzcan las fábricas desde el 1º de enero de 1931, tales artículos, como se ha dicho, quedarán sujetos a los aumentos de impuestos establecidos por aquella Ley, y el cobro se hará en los lugares de producción.

"Artículo 7º El día 1º de enero de 1931 se tomará razón en todo el país de las existencias de gasolina nacional y extranjera que haya en los lugares de expendio, con el fin de hacer efectivo el aumento de impuesto establecido por la Ley 78 del año en curso. Según esta Ley y el Decreto 2161 de 23 de los corrientes, a partir del 1º de enero de 1931, el impuesto sobre el consumo de gasolina será de $ 0-01 y 2|5 de centavo por cada botella de setenta y cinco centilitros, o sea setecientos cincuenta gramos.

"El impuesto sobre el consumo de gasolina se seguirá cobrando de acuerdo con las disposiciones actualmente vigentes, con la única modificación en cuanto a la tasa de dicho impuesto, modificación de que se habla en el presente artículo.

"Artículo 8º A partir del 1º de enero de 1931, los fósforos y naipes de producción extranjera que se introduzcan al país, pagarán los mismos impuestos de importación que pagan actualmente, elevados al doble de acuerdo con el parágrafo 3º del artículo 3º de la Ley 78 del año en curso.....".

"Artículo 9º A partir del 1º de enero de 1931, el impuesto sobre el consumo de gasolina importada se cobrará a la tasa expresada en el artículo 8º (7º, debió decirse), del presente Decreto.....

"Artículo 10. A partir del 1º de enero de 1931, se empezará a recaudar como renta nacional un recargo en el impuesto denominado **derecho de registro**, que se paga hoy por los actos y documentos sujetos a esta formalidad por la ley. Este recargo será de un 50 por 100 de la tarifa actual sobre cada acto o documento, y se recaudará por los mismos funcionarios que hoy recaudan el impuesto como renta departamental."

A los Decretos anteriores se les hace el reparo de hallarse en oposición con los artículos 69 del Acto legislativo número 3 de 1910 e inciso 1º del artículo 1º del Acto legislativo de 1898, porque fueron dictados—dice el acusador—sobre la base de que los nuevos impuestos y aumento de impuestos establecidos por la Ley 78 de 1930, podían ponerse en vigencia antes de los términos indicados por los citados preceptos constitucionales.

A esto se observa que no siendo inexequible el artículo 8º de la Ley 78 de 1930, como se deja dicho, y en la cual se fundan los expresados decretos, la tacha de inconstitucionales que les opone tampoco es fundada.

Decreto número 307 de 14 de febrero de 1931, "por el cual se dictan unas disposiciones sobre artículos gravados con impuesto de consumo."

"Artículo 7º Los tenedores de fósforos de producción ecuatoriana que hubieren sido introducidos al país durante la vigencia del Tratado de amistad, comercio y navegación entre las Repúblicas de Colombia y el Ecuador, suscrito en Quito el 10 de agosto de 1905, continuarán pagando por las actuales existencias el sobreimpuesto decretado por la Ley 78 de 1930. A esas existencias se les adherirán las estampillas correspondientes al valor del sobreimpuesto.

Considera el acusador que las disposiciones del anterior Decreto, a excepción de la del artículo 7º que acusa por otro concepto, son también contrarias al artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910 y al inciso 1º del artículo único del Acto legislativo número 1º de 1898 o Ley 24 de dicho año, en cuanto mandan cobrar los impuestos y sobreimpuestos allí determinados antes de los plazos señalados en los textos constitucionales citados.

Como respuesta a este cargo procede la que ya se dio respecto de los Decretos antes citados por ser idéntico el cargo al que a estos Decretos se les hizo.

Al artículo 7º del Decreto 307 de 1931 se le hace la tacha especial de ser opuesto al artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910 y a los artículos 57, 58 y 76, numerales 11 y 13, de la Constitución Nacional. Al primero, por no haber sido autorizados los impuestos establecidos en dicho Decreto por las entidades a quienes la Constitución atribuye de manera exclusiva tal facultad; y por razón que el acusador formula así:

"La única disposición de la Ley 78 que habla de impuesto, sobreimpuesto o aumento de impuesto sobre fósforos es el parágrafo 3º del artículo 3º, que dice así:

"Duplícase el impuesto actual de consumo sobre los fósforos y naipes de producción nacional, así como también el impuesto de aduanas sobre los fósforos y naipes importados."

Los fósforos de que habla el artículo 7º del Decreto número 307 son "importados," pero a ellos no puede refe-

rirse la disposición contenida en la segunda parte del parágrafo transcrito; sería absurdo gravar con derechos de aduana un artículo ya introducido al país. Y como fósforos de producción nacional no pueden gravarse interpretando de manera extensiva la primera parte de la misma disposición; disposiciones de esta naturaleza requieren siempre una interpretación restrictiva, incompatible con toda extensión por analogía o cosa semejante. El artículo 11 del Tratado con el Ecuador, bajo cuya vigencia se introdujeron esos fósforos, caducó el 16 de noviembre de 1930, es decir, antes de ser expedida la Ley 78. Si el autor de esta Ley hubiera querido gravarlos, lo habría dicho de manera expresa."

Se considera:

El artículo 7º del Decreto 307 de 1931, que se estima violado, impone a los tenedores de fósforos de producción ecuatoriana, que hubieren sido introducidos al país durante la vigencia del Tratado con el Ecuador, de 10 de agosto de 1905, el deber de pagar sobre las actuales existencias el sobreimpuesto decretado por la Ley 78 de 1930. Si esos artículos nacionales o importados de que habla el parágrafo 3º de la Ley 78 de 1930, en que se apoya el artículo 7º del Decreto 307, no podían ser gravados con un sobreimpuesto, entonces el reparo no procede contra el Decreto que se funda en la Ley, sino contra ésta. Ahora, como el acusador no comprendió en su demanda el parágrafo 3º del artículo 2º de la Ley 78 de 1930, sino el artículo 8º, la Corte no puede estudiar lo relativo a la inexequibilidad del artículo 7º del Decreto 307 de 1931, porque se funda en una ley que en lo pertinente no ha sido acusada. Así lo ha resuelto la Corte, entre otros fallos, en el de 15 de julio de 1913 (**Gaceta Judicial** números 1109 y 1110, tomo XXII), fallo del cual son los siguientes apartes:

"....Según los razonamientos que hace el demandante en la solicitud mencionada, los cuatro primeros de los Decretos acusados son contrarios a las leyes que en ellos cita, porque dice que conforme a éstas, las monedas de plata a que se refieren deben ser admitidas por su valor nominal con relación al peso de plata o de oro de 0,900, que sucesivamente ha sido la unidad monetaria, y deja entender que tales Decretos apenas admiten esas monedas por una parte de su valor nominal. Ciertamente tales Decretos producen el efecto de que las monedas de plata de que tratan no se admiten por su valor nominal en los ingresos a las cajas públicas o en los egresos de ellas, en los lugares en que han regido (Departamentos de Pasto, Quibdó y Cúcuta), salvo la de 0,835 en el pago de los derechos de aduana de Tumaco, sino al tipo de cambio señalado en el último de ellos.

"Con todo, para juzgar de la constitucionalidad de ellos en relación con los derechos adquiridos, no basta que afecten a los tenedores de las monedas de plata, en la cual se ocupan, porque si se apoyan en alguna o algunas disposiciones legales, no se podrían declarar inconstitucionales, en caso de que desconocieran o vulneraran derechos legítimamente adquiridos, sin que las leyes respectivas hubieran sido declaradas inexequibles...."

Por otra parte, si la disposición del artículo 7º del Decreto 307, de febrero de 1931, es violatorio de la Ley 78 de 1930, porque se sale de lo que establece el parágrafo 3º del artículo 3º de dicha Ley, entonces se trataría de un Decreto violatorio de una ley, y con ese evento no corresponde a la Corte conocer de esa violación legal, sino a otra entidad.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, reunida en pleno, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no son inexequibles el artículo 8º de la Ley 78 de 1930 y los Decretos ejecutivos siguientes: el número 2161, de 23 de diciembre de 1930; el marcado con el número 2166, de 24 de diciembre del mismo año, y el Decreto número 307, de 14 de febrero de 1931.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y remítase copia de este fallo al señor Ministro de Gobierno y archívense las diligencias.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **José Miguel Arango. Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo. Augusto N. Samper**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

de los señores Magistrados doctores Nannetti y Arango.

Reproducimos las razones que adujimos en un caso análogo al que ahora se estudia, como fundamento de nuestro salvamento de voto.

"El Congreso no puede ordenar que empiecen a percibirse las contribuciones indirectas antes del plazo fijado por la Constitución, y no puede, por tanto, revestir al Presidente de esa facultad extraordinaria, porque nadie puede dar lo que no tiene. (**Nemo dat quod non habet**).

"El Cuerpo Legislativo, al expedir la ley en referencia, hizo uso de la atribución que le confiere el inciso 10 del artículo 76 de la Constitución, que dice:

"Revestir pro témpore al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen."

"Relativamente a esta disposición dice el erudito comentador de nuestra Carta, doctor José María Samper:

'Pero acaso se alegará que el inciso 10 del artículo 76, implícitamente permite, siquera pro témpore, delegar al Gobierno algunas funciones legislativas, dado que autoriza para revestir al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen. Pero ¿a qué clase de facultades puede referirse racionalmente el inciso? A las que, sin ser privativas del Congreso, pueda convenir que ejerza pro témpore el Presidente, propias de su carácter, autoridad y objeto, pero que ordinariamente no le estén asignadas por la Constitución. Tal es la inteligencia de los textos constitucionales que nos parece racional.'

"Pero el punto de que se trata no es siquiera el de averiguar si en virtud de esta atribución puede delegar el Congreso al Ejecutivo una parte de sus atribuciones privativas, sino el de si puede darle autorizaciones que la Constitución no le otorga al Congreso, o más aún,

atribuciones que le están prohibidas por la misma Constitución.

"Es evidente para nosotros que no puede entenderse así el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución, sin que se llegue a la conclusión absurda de que todas las garantías constitucionales que son la base del orden social, podrían ser anuladas sin más limitación que la necesidad o las conveniencias públicas, a juicio, estas circunstancias, de la mayoría del Congreso. A nuestro entender no es así ni la letra ni el espíritu del mencionado inciso 10.

"El mismo doctor Samper dice en otro pasaje de sus comentarios:

'Se comprende también que las facultades extraordinarias han de estar en armonía con la naturaleza del Poder Ejecutivo; pues a ser legislativas o judiciales, envolverían flagrante violación de la Constitución. Tampoco es admisible que el Congreso, a título de conceder al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias, le delegue sus propias atribuciones. Ninguna disposición constitucional autoriza semejante abuso.'

"Si en concepto del doctor Samper, que fue colaborador eficaz en la expedición de la Carta de 1886, el inciso 10 del mentado artículo 76 no permite al Congreso delegar sus propias atribuciones, a *fortiori*, es preciso aceptar que mucho menos se presta para que pueda revestir al Presidente de facultades de que aquél carece.

"Si se arguye que el artículo 69 del Acto número 3, reformatorio de la Constitución, es una limitación impuesta únicamente al Ejecutivo, que es el encargado de recaudar las contribuciones, limitación que desaparece cuando se halla investido de facultades extraordinarias, de acuerdo con lo que dispone el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 24 de 1898, disposición que se reputa vigente, puede observarse que siendo como es una garantía constitucional para los ciudadanos, ya sean comerciantes o consumidores, el plazo en que deben empezar a cobrarse las contribuciones indirectas o el aumento de su importe, obliga a todos los poderes públicos en la esfera de sus atribucones. Así, ni el Congreso puede dar una ley, ni el Ejecutivo dictar un decreto, ni el Poder Judicial pronunciar una sentencia, en que se contravenga el sobredicho canon constitucional.

"Pero se dirá que precisamente el precepto de 1893 suprime las trabas del Ejecutivo cuando se halla investido de facultades extraordinarias, puesto que, según él, ni el término que la Constitución establece para variar la tarifa de aduanas, ni el plazo para cobrar las demás contribuciones indirectas, limitan las facultades extraordinarias del Gobierno cuando de ellas está investido.

"A esto puede contestarse que ese artículo constitucional no puede referirse a las facultades extraordinarias de que trata el inciso 10 del artículo 76 de la Constitución, por las siguientes razones: porque tales facultades se otorgan al Presidente en tiempo de paz, y, por lo mismo, dentro de la órbita de las prohibiciones constitucionales; porque debiendo ser precisas esas autorizaciones, esto es, determinadas, es necesario que quien las confiere las detalle, a fin de que el mandatario pueda ejercerlas, y salta a los ojos que el Congreso no podría facultar al Ejecutivo para variar la tarifa de aduanas, porque delegaría atribuciones que le son privativas, ni podría permitirle que cobrase impuestos indirectos desde el momento en que se establecieran, por prohibirlo la Constitución. A nuestro entender hay una diferencia capital entre las facultades extraordinarias de que puede ser revestido el Presidente por el Congreso, según el inciso 10 del referido artículo 76, y las facultades extraordinarias de que trata el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910. Las primeras son otorgadas por el Congreso, y éste, al conferirlas, tiene que respetar todas las garantías del derecho consagradas por la Carta Fundamental. De las otras queda investido el Presidente por ministerio de la Constitución, la cual lo autoriza para obrar dentro del extenso campo del Derecho de Gentes.

"Y no se arguya que siendo tan amplias estas facultades extraordinarias, sobran las disposiciones especiales en que la Constitución prevé ciertos casos, porque tanto el artículo 121 de la Carta, como el 33 del Acto número 3 de 1910, que lo reemplazó, hablan en primer término de las facultades que le confieren al Presidente las leyes para la situación anormal de guerra o de conmoción interior.

"La misma Carta prevé esa situación en varios de sus cánones, como los relativos a la expropiación (artículo 5º del Acto legislativo número 3 y 33 de la Carta); a la imprenta (artículo 42); a la imposición de contribuciones (artículo 3º del Acto legislativo número 3); a la circulación de impresos (artículo 43 de la Constitución), etc., etc.

"La disposición del artículo 205, reemplazado por la Ley 24 de 1898, respecto al cobro de impuestos indirectos y a las variaciones en la tarifa de aduanas, amplió el radio constitucional del Gobierno, como las anteriormente citadas, sin que sea preciso que para ello tenga que recurrir a las reglas del Derecho de Gentes.

"Aceptada la tesis de que el Congreso, en uso de la atribución 10ª del artículo 76 mencionado, puede revestir al Presidente de facultades que el primero no tiene o que no puede ejercer por prohibírselo la Constitución, se tendrá que los constituyentes de 1886 dejaron al arbitrio de la mayoría del Congreso todo el capítulo de derechos civiles y garantías sociales, lo cual es inadmisible."

Tancredo Nannetti—José Miguel Arango

Bogotá, veintidós de septiembre de mil novecientos treinta y dos.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

El doctor Alfredo Cock A. demandó a don José J. Sierra C. para obtener en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"1º Que el demandado, señor Sierra C., es mi deudor por la suma de veinte mil pesos ($ 20,000) oro legal, proveniente de trabajo en derecho y gestiones hechas por mí ante el Juzgado 4º del Circuito de Bogotá, ante el

Tribunal Superior de Cundinamarca y ante la honorable Corte Suprema de Justicia en el incidente relacionado con la competencia para conocer de la apertura y publicación de los testamentos del señor José María Sierra S. y para conocer de los juicios de sucesión del citado señor Sierra S. y de su cónyuge, la señora Zoraida Cadavid de Sierra, así como también del trabajo y gestiones hechas en dichas sucesiones y en la articulación de nulidad de la segunda de ellas, y en la oposición a la acumulación de las mismas; y de las gestiones y trabajo en derecho efectuados ante el Juez 6º del mismo Circuito de Bogotá, en el juicio ordinario de Manuel José Uribe R. y Julio Zapata contra las sucesiones mencionadas y contra otros; en todo lo cual actué con poderes especiales a mí conferidos por el señor Sierra C.

Subsidiariamente, que se condene al señor Sierra C. a pagarme la suma en que sean avaluados por peritos nombrados en la forma ordinaria, avalúo que se hará en este mismo juicio, el trabajo en derecho y las gestiones de que se habla en la petición anterior, y como remuneración usual en Bogotá por esta clase de trabajos.

2º Que se condene al señor Sierra C. a pagarme, a justa tasación de peritos, que se hará en este juicio, los perjuicios provenientes por la demora en el pago de los honorarios de que se trata.

Subsidiariamente a esta petición, que se condene al señor Sierra C. a pagarme los intereses de la suma a que sea condenado Sierra, a contar de la fecha de la notificación de la demanda.

3º Que el demandado Sierra C. sea condenado a pagar las costas del juicio."

Los hechos de la demanda son éstos:

"Primero. Desde el mes de julio de 1921, en virtud del poder especial que me fue conferido por el señor José J. Sierra C. y que lleva fecha ocho de junio de ese año, poder cuya copia auténtica acompaño, empecé a intervenir en el juicio de sucesión del señor José María Sierra S., padre de aquél, representando sus acciones y derechos.

"Segundo. En ejercicio de dicho poder, intervine primeramente en el incidente sobre competencia negativa provocada por el Juez primero de este Circuito de Medellín al cuarto de Bogotá, para la apertura y publicación del testamento del señor Sierra S., incidente en el cual trabajé incansablemente ante el señor Juez cuarto y especialmente ante la honorable Corte Suprema de Justicia, ante la cual presenté varios e importantísimos memoriales a cuya confección dediqué considerable estudio y muchísimo tiempo, gestionando personalmente y sin demora dicho incidente.

"Tercero. Mientras se tramitaba el incidente de que se viene hablando, se presentó ante el señor Juez 4º Civil de Bogotá el juicio de sucesión de la señora Zoraida Cadavid de Sierra, juicio en el cual intervine igualmente en virtud del poder que me confirió el señor Sierra C., que lleva fecha de presentación personal por el poderdante, primero de septiembre de mil novecientos veintiuno, para representarlo en dicho juicio.

"Cuarto. En ejercicio de tal poder, sostuve la competencia del señor Juez 1º de Medellín, con preferencia al cuarto de Bogotá, para conocer de dicho juicio, incidente en el cual hice muy importantes trabajos en derecho y muy oportunas y valiosas gestiones ante el citado Juez 4º y ante el Tribunal de Cundinamarca.

"Quinto. Terminado dicho incidente, promoví, en ejercicio del citado poder, la nulidad de la actuación en dicho juicio, interviniendo en la respectiva articulación hasta su fin, dedicándole asimismo a este asunto el mayor cuidado y una atención continua, y presentando laboriosos memoriales en defensa de los intereses del señor Sierra C.

"Sexto. Promoví también ante el señor Juez 4º citado, la nulidad de lo actuado en el juicio de que se trata, por incompetencia de jurisdicción de éste, hasta la terminación de dicho incidente, en el cual actué en forma semejante a las anteriores.

"Séptimo. El doctor Rafael Reyes Angulo, en representación de don Enrique del mismo apellido y de la esposa de éste, señora doña Clara Sierra de Reyes, solicitó ante el mismo Juez 4º Civil de Bogotá, la apertura de la sucesión del señor José María Sierra S., acompañando copia de las diligencias de apertura y publicación de los testamentos, verificada en Medellín por comisión del citado Juez 4º de Bogotá, en virtud de lo resuelto por el Tribunal Superior de Medellín sobre competencia de aquél para conocer de dicho juicio de apertura y publicación de los testamentos, a lo cual accedió el señor Juez 4º de Bogotá, no obstante no haberse aún determinado la competencia para conocer del juicio de inventarios y de la partición. Abierto el juicio, el señor Reyes Angulo solicitó la acumulación de éste al de la señora Zoraida Cadavid de Sierra que cursaba en el mismo Juzgado. Con nuevo poder especial del señor José J. Sierra C., intervine en este asunto, tanto para obtener que se revocara el auto de apertura de este nuevo juicio de sucesión del señor José María Sierra S., como para impugnar la acumulación solicitada, haciendo en ambos asuntos numerosos y extensos memoriales que me demandaron mucho estudio y trabajo y que presenté ante el señor Juez cuarto citado y ante el Tribunal de Cundinamarca, autoridades ante las cuales hice muchas gestiones, siempre en defensa de las pretensiones e intereses del señor Sierra C.

"Octavo. A mediados de julio de mil novecientos veintidós, llegó al Juzgado cuarto de Bogotá, procedente del primero de Medellín, el juicio de sucesión del señor José María Sierra S. que había sido promovido ante dicho Juez 1º, habiéndose declarado incompetente para conocer de dicho juicio con posterioridad al instaurado en Bogotá, de que arriba se habló, y provocándole competencia negativa al Juez 4º citado. En este asunto trabajé incansablemente en el Juzgado 4º de Bogotá y ante la Corte Suprema de Justicia, para obtener que se declarara que el negocio era de la competencia de las autoridades judiciales de Medellín, fijadas en este caso en el Juez primero de dicha ciudad, en lo cual tenía fincados valiosísimos intereses el señor Sierra C., por no poder trasladarse a Bogotá a defender sus derechos; y, en caso de hacerlo, serle gravosísimo dicho traslado y su permanencia en la capital.

"Noveno. Además de esto, representé los derechos del señor Sierra C., en ejercicio de los poderes que me fueron conferidos, en los citados juicios de sucesión de don José María Sierra S. y doña Zoraida Cadavid de Sierra, ante el señor Juez cuarto del Circuito de Bogotá.

"Décimo. Todos los trabajos que se dejan expresados en los hechos anteriores y otros de no menor importancia, los estuve haciendo desde mediados del año de mil

novecientos veintiuno hasta fines del año de mil novecientos veintidós.

"Once. También con poder especial del mencionado señor José J. Sierra C., contesté conforme a derecho la demanda que promovió el señor Manuel José Uribe y otro contra la sucesión de los señores José María Sierra S., Zoraida Cadavid de S. y otros, e hice las gestiones consiguientes.

"Doce. Dados el grandísimo interés que tenía el señor Sierra C. en las gestiones y trabajos por mí ejecutados, interés no solamente de gran valor moral y pecuniario, sino personal, por el peligro para él de instalarse en Bogotá y los perjuicios graves de que se habló arriba; la importancia jurídica de dichos trabajos y gestiones, a los cuales tuve que dedicarles muchos días y noches de estudio y de trabajo; los muchos desvelos y el cuidado permanente que le dediqué a los asuntos del señor Sierra C., dada la habilidad y el interés de los abogados y de los otros herederos en oponerse a las pretensiones de mi cliente; lo difícil y penoso que es trabajarle al señor Sierra C. como abogado, pues debido probablemente a sus achaques, se dedica permanentemente en el hotel donde vive a deshonrar intelectual y moralmente al abogado, cuando sus asuntos no son fallados conforme a sus pretensiones, como le pasó al doctor Félix Betancourt y a otros que intervinieron en sus negocios en esta ciudad; y el inmenso valor de los derechos del señor Sierra que por mí fueron representados, me debe por concepto de honorarios una cantidad que no puede rebajar de veinte mil pesos, suma que no alcanza a constituir sino un reducidísimo porcentaje del valor de los intereses representados por los negocios en que intervine.

"Trece. El señor Sierra C. no ha pagado el valor indicado y sólo me abonó la suma de doscientos pesos.

"Catorce. El señor Sierra se niega a cubrir el valor de mis honorarios y aun a convenir el valor de ellos."

El señor Sierra rechazó la acción deducida contra él y a los hechos expuso:

"Al 1º Es cierto que el doctor Alfredo Cock intervino en el juicio de sucesión de mi finado padre, en virtud de poder que le conferí.

"Al 2º Es verdad que dicho doctor presentó memoriales, pero con tan mala suerte que nada favorable obtuvo.

"Al 3º Es verdad que le conferí poder para que me representara en el juicio de sucesión de mi finada madre, Zoraida Cadavid.

"Al 4º No niego que trabajó algo en virtud de ese poder, pero sus gestiones fueron reducidas y nulas.

"A los numerales 5º y 6º contesto en la misma forma del anterior.

"Como los hechos enumerados en los numerales 7º, 8º, 9º, 10, 11 y 12, no son más que narración de lo hecho por el doctor Cock, con el fin de radicar el juicio de sucesión en esta ciudad, me limito a contestar que el doctor Cock hizo o trató de hacer algo con el fin mencionado, pero de manera poco científica y poco legal, ya que nada consiguió en mi favor.

"En la parte final del numeral 12, se queja el doctor Cock de que yo deshonro moral e intelectualmente al abogado que no consigue un fallo favorable a mis pretensiones: yo no deshonro a nadie; únicamente narro los hechos cometidos por algunos abogados; si esos hechos deshonran, culpa es de quien los ejecuta, no de quien sufre las consecuencias de ellos.

"Al numeral 13 contesto: a pesar de no haber hecho arreglo con el doctor Cock y por orden del doctor Félix Betancourt le di al primero $ 200 oro con el fin de que gestionara con mayor eficacia el negocio; pero de ninguna manera porque yo hubiera creído que tenía que pagarle honorarios, ya que mi abogado era el doctor Betancourt, y él era quien me estaba cobrando un sueldo mensual de $ 100 por gestionarme el asunto, y sólo porque él en su calidad de Representante se excusó de continuar laborando y porque me dio instrucciones para que buscara nuevo apoderado; así lo hice con la creencia de que el doctor Betancourt era quien pagaba esos honorarios, ya que mal podía yo pagar un sueldo mensual y a la vez otro abogado que de acuerdo con el primero me sacaran más dinero.

"Lo del numeral 14 es verdad, porque así ha sucedido, pero por la sencilla razón de que yo no contraté con el doctor Cock, ni nada debo a este señor, ya que el doctor Betancourt fue a quien busqué directamente y a quien pagué lo que quiso llevarme por las gestiones mencionadas. Al doctor Betancourt es a quien tiene que cobrarle el doctor Cock."

El diez y siete de noviembre de mil novecientos veintisiete, el Juez 4º en lo Civil del Circuito de Medellín pronunció sentencia en los términos siguientes:

"1º No ha sido probada la excepción propuesta.

"2º Condénase al señor José J. Sierra C. a pagar al doctor Alfredo Cock, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad de tres mil pesos oro, más los intereses legales de esta suma desde el veintitrés de junio del año de mil novecientos veinticinco, hasta su completo pago.

"3º Se absuelve al mismo señor Sierra de los demás cargos de la demanda."

Apelaron ambas partes, y el Tribunal Superior de Medellín, en fallo dictado el diez y siete de abril de mil novecientos veintinueve, decidió así el doble recurso:

"1º No está probada la excepción propuesta.

"2º Condénase al señor José J. Sierra C. a pagar al doctor Alfredo Cock, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de cinco mil ochocientos pesos oro, más los intereses legales de esta suma, desde la fecha indicada hasta que se verifique el pago.

"3º Se absuelve al opositor señor Sierra de los demás cargos formulados en la demanda.

"En estos términos queda reformada la sentencia recurrida."

Interpuso oportunamente recurso de casación la parte de Sierra; y como él tiene las condiciones legales en orden a la cuantía y a la naturaleza del juicio, se admite por la Corte, quien procede a estudiarlo.

Se aducen motivos comprendidos en la causal 1ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896 y se comienza por alegar **error en la apreciación de pruebas y desestimación de algunas de ellas que ha conducido al Tribunal sentenciador a error de derecho.**

Los poderes que obran a primeros folios del cuaderno principal—dice el recurrente—no son suficientes a for-

mar el contrato de mandato judicial cuya existencia entre Alfredo Cock y José Jesús Sierra C. se ha dado por establecida. Lo que hubo fue una sustitución de un poder para prestar determinados servicios (arrendamiento de una obra inmaterial), y el sentenciador, para llegar a la conclusión que adoptó, dejó de estimar varias confesiones del demandante y no tuvo en cuenta que es vario el modo de sustituir poderes, pues bien puede acontecer que, aunque se exprese que se confiere poder a una persona, la expresión en el fondo no sea otra cosa que una sustitución.

Prosigue el recurrente exponiendo que las confesiones que el sentenciador dejó de estimar están contenidas en estas manifestaciones del demandante:

"Es cierto que ni personalmente ni por carta, me solicitó el señor Sierra que me constituyera su apoderado." "Es cierto me entendía por conducto del doctor Félix Betancourt." "Es cierto no llegué a informarle personalmente porque no estaba aquí; pero sí lo hice por carta por conducto del doctor Betancourt." Igualmente dejó de estimar la confesión que se desprende del tenor de la carta de 20 de febrero de 1922, dirigida por Cock al doctor Félix Betancourt (folio 125 del cuaderno principal).

En concepto del acusador, de nada vale alegar, como lo hace el fallo del Tribunal, que Sierra, al contestar la demanda confesó explícitamente haber conferido poderes a Cock y haberlos desempeñado éste, agregando una circunstancia encaminada a enervar el derecho invocado por el demandante, circunstancia que le da a la confesión el carácter de divisible; pues precisamente con las confesiones de Cock no estimadas por el sentenciador, probó el señor Sierra la circunstancia especial, la cualificación y modificación hecha a su propia confesión.

La Corte considera:

El Tribunal examinó la cuestión relativa al otorgamiento de poderes por el demandado al demandante y la resolvió afirmativamente, no sólo en virtud de lo confesado por Sierra al contestar la demanda, sino también en vista de tales poderes, que en copia corren en el juicio. De esto último no deja duda el siguiente paso:

"Alrededor de esta cuestión ha rodado toda la controversia; por ello la Sala ha detenido su atención especialmente en el estudio de las piezas del proceso que se relacionan con este punto cardinal en el juicio."

Si el error en la apreciación de pruebas se hace consistir en haber deducido el Tribunal de los poderes firmados por Sierra que éste instituyó apoderado a Cock A., en vez de admitir que tales poderes son en su fondo una sustitución, tal error no existe. Los poderes por memorial son una de las maneras de constituir el mandato judicial, con arreglo al artículo 329 del Código Judicial, y los suscritos por el demandado aparecen con todos los requisitos legales, como puede verse en las copias de folios 1º, 2º, 10 y 11 del cuaderno principal. Cuanto a las sustituciones, ellas han de ser hechas por el apoderado, de acuerdo con el artículo 334 ibídem.

De suerte que, en presencia de estas disposiciones legales, el sentenciador tuvo que considerar a Cock como apoderado judicial de Sierra y no hay error de derecho o de hecho en semejante punto de vista.

Respecto de las confesiones de Cock que, según se asevera, el Tribunal dejó de estimar, la Corte halla igualmente infundado el cargo.

En la sentencia se dice que, "considerada por sí sola la circunstancia especial de haber intervenido el doctor Betancourt como mediador entre las partes, no es ella razón suficiente a desconocer la obligación que se demanda, ante el hecho de aparecer conferidos los poderes al doctor Cock y haber ejercido éste el mandato en provecho exclusivo de su comitente."

En este paso se contiene virtualmente la apreciación de las confesiones, porque sin duda el Tribunal le asigna al doctor Betancourt el papel de mediador en atención a lo manifestado por Cock acerca de que Sierra no le solicitó personalmente que se constituyera su apoderado y de que se comunicaba con él por conducto del expresado doctor.

El autor del recurso admite que es divisible la confesión que hizo el señor Sierra al contestar la demanda, manifestando que había buscado nuevo apoderado por insinuación del doctor Betancourt, pero en la creencia de que los honorarios los pagaría éste, por razones que expresa, de suerte que es "al doctor Betancourt a quien tiene que cobrarle el doctor Cock"; y añade que la cualificación quedó acreditada con las confesiones del demandante, que el sentenciador no estimó.

Acaba de decirse que el Tribunal sí estimó tales confesiones, llegando, merced a ellas, a la conclusión de que Betancourt fue un mediador entre Cock A. y Sierra, sin que la mediación fuera obstáculo al vínculo creado entre demandante y demandado por los poderes. No hubo, pues, "desestimación absoluta" de estas pruebas, inclusa la citada carta de Cock a Betancourt, sino que el sentenciador les atribuyó un valor que el recurrente no acepta; pero no está demostrado un error evidente de hecho en la interpretación que el fallo da a la intervención del doctor Betancourt, ni tampoco error de derecho, pues no lo es el admitir que entre un mandante y un mandatario pueda haber un recomendado que les sirva de medio de comunicación. Esto equivale a declarar que el Tribunal no incurrió en error de hecho evidente o de derecho, al dar por cierto que el demandado no estableció la cualificación de su confesión.

Agrega el recurrente que la desestimación absoluta de las pruebas referidas llevó al Tribunal a la aplicación de las disposiciones pertinentes al mandato, siendo así que el tal contrato careció del requisito indispensable en todos los contratos: el ánimo o intención de contratar; y de aquí que hubiera violado los artículos 2143, 2144 y 2184 del Código Civil, lo mismo que los artículos 1494, 1495 y 1501.

Como el cargo aparece formulado sobre la base de que no se estimaron unas pruebas y ya queda demostrado que el sentenciador sí las estimó, dándoles un valor que el recurrente no ha logrado infirmar como evidentemente erróneo, aquél carece de fundamento, y la Corte, por lo mismo, no admite la acusada violación de los textos legales citados, cual habrá de repetirlo al examinar el otro extremo del recurso.

Se sostiene que el sentenciador desestimó igualmente la confesión que hizo Cock "al decir que era evidente que entre él y el demandado no se había llegado a acuerdo alguno sobre pago de honorarios o sobre pacto de prestación de sus servicios mediante la retribución de un sueldo mensual," y que ha debido acogerse a esto para fallar, en vez de argumentar en el sentido de que la intervención de Betancourt no era razón poderosa a des-

conocer la obligación que se halla sustentada en los poderes.

Observa la Corte que el Tribunal no incurrió en la desestimación que se le imputa, pues a propósito de la referida manifestación de Cock, dice:

"Acepta éste que sobre la base de sueldos mensuales hizo propuesta de arreglo al demandado, sin que fuera aceptada. Tal contestación implica negación absoluta de acuerdo, ya que ella equivale, ni más ni menos, a decir que no tiene lugar tal convención; no hay aquí confesión ni menos cualificación que obligue al actor a probar hecho alguno."

Como se ve, el Tribunal apreció de determinada manera lo manifestado por Cock y no se advierte error evidente en ello. Por lo demás, de la circunstancia de que no hubiera habido acuerdo entre las partes sobre el modo de pagar los honorarios, no se sigue que tampoco hubiera habido contrato. Precisamente para el caso de no haberse pactado expresamente la forma y cuantía de la remuneración, ha dispuesto la ley que ella sea la usual.

Asímismo se formula el cargo de que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas que son las cartas de folios 125 a 127, ni el recibo del folio 28, concebido así:

"Recibí del señor doctor Félix Betancourt la suma de sesenta pesos ($ 60), moneda legal, para abonar a la cuenta de gastos y honorarios en los juicios de sucesión de los señores José María Sierra S. y Zoraida Cadavid de S.

"Bogotá, febrero 20 de 1922.

"Alfredo Cock A."

Dice el recurrente que si se hubieran considerado estas piezas, se habría llegado a la consecuencia de que entre el signatario y el destinatario existió una convención o acuerdo que no afectaba a Sierra, tercero en el asunto. A lo cual anota la Sala que el sentenciador tuvo presentes estas pruebas y las restantes para asentar que Betancourt no fue más que un mediador entre Sierra C. y Cock. Ya queda expresado que semejante conclusión del Tribunal no adolece de evidente error de hecho ni de error de derecho.

Alégase también **violación de la ley sustantiva por indebida aplicación de ésta al caso del pleito.**

Ante todo, se acusa el quebrantamiento del artículo 2144 del Código Civil, porque "no se demostraron las circunstancias de que el señor doctor Cock perteneciera a gremio de profesionales, ni que a los poderes que tenía estuviera unida la facultad de representar y obligar a Sierra respecto de terceros." Añade el recurrente:

"Faltando como faltó la demostración de que en este litigio se estuviera en el caso de aplicar las reglas del mandato, son inaplicables todas y cada una de las disposiciones que lo regulan y, como consecuencia, queda el contrato que pudo existir, si fue que alguno existió, convertido en arrendamiento de servicios. Materia ésta regulada por disposiciones muy diversas de las que aplicó el Tribunal de Medellín."

En concepto de la Corte, para la aplicación del citado artículo 2144 no es preciso acreditar que el individuo que ha prestado los servicios es miembro de determinado gremio profesional, sino que basta inquirir si la profesión es de aquellas que suponen largos estudios, punto éste que se resuelve en abstracto, o sea sin necesidad de pruebas: no hay porqué exigirlas para saber, por ejemplo, que la ingeniería, la medicina y la abogacía se hallan en semejante caso. Fuera de esto, es de advertir que la cuestión de si el demandante "prestó al demandado servicios después de pertenecer a un gremio de profesionales de aquellos que para el desempeño de sus funciones necesitan largos estudios" no fue planteada en las instancias, por donde en casación constituye un medio nuevo y como tal inadmisible. Por lo demás, Sierra otorgó poderes a Cock para que lo representara en los juicios y quedaba obligado respecto de terceros con las actuaciones que éste cumpliera dentro de los límites del mandato.

No queda, pues, establecida la alegada violación del artículo 2144 por indebida aplicación, ni, consecuencialmente, la de los artículos 2143 y 2184; como tampoco la del artículo 2147, porque no se trata de una simple recomendación sino de un mandato. Ni aparecen quebrantados por omisión los textos referentes al arrendamiento de servicios inmateriales, que cita el recurrente.

El sentenciador no pudo transgredir los artículos 1494, 1495 y 1501 del Código Civil, por haber aceptado que hubo mandato entre los litigantes, porque este punto de vista, apoyado, según se dijo, en una estimación no errónea de las pruebas, en manera alguna implica el desconocimiento de las fuentes de las obligaciones, o de la noción del contrato, o de las cosas esenciales, naturales y accidentales del mismo.

Finalmente, por ser el caso de un mandato judicial, no es dable argüir que ha habido indebida aplicación del artículo 347 del Código Judicial.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A. Juan N. Méndez—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Blas A. Vélez entabló ante el Juez 2° del Circuito de Buga juicio ordinario contra Fermín Tenorio, sobre nulidad y rescisión del acto de división en partes materiales del terreno del **Guacanal,** Distrito del Cerrito, verificado por el agrimensor Cayetano Domínguez, el veintitrés de enero de mil novecientos veintiséis, y aprobado por el Juez 1° del Circuito de Buga, en providencia de fecha once de febrero del mismo año.

La demanda se basó en estos hechos:

1° Que en la referida partición se prescindió de los menores aparceros Adriano y Feliciano Guerrero.

2° Que el demandante quedó perjudicado en tal partición, porque se le privó del uso de las aguas del Cauca, no se le dejó abrevadero, y el agua le fue dada íntegramente al demandado Tenorio,

3° Que a este último se le adjudicó la mejor tierra y más de la que le corespondía, a tiempo que al actor se le distribuyó un terreno seco, de inferior calidad.

4° Porque se adjudicó a Francisco Echeverri un lote de terreno sin ser comunero, mientras que el actor fue perjudicado en más de la mitad de la cuota que le correspondía.

El demandado contradijo la acción.

El Juez sentenció declarando "que no están probadas las nulidades, absoluta o relativa, de la partición; ni es el caso de declarar la lesión de tal acto, ni de invalidarlo por ninguna de las causas alegadas en la demanda; y absolvió al demandado.

Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Buga, en sentencia de fecha primero de febrero de mil novecientos veintinueve, confirmó la de primera instancia.

La misma parte actora interpuso casación. Como hubiera de fijarse la cuantía del asunto por peritos, así se verificó.

En este estado, el recurrente dirigió un libelo a los Magistrados del Tribunal sentenciador en que funda el recurso mucho tiempo después de haberse notificado la sentencia, y pidió, además, en ese mismo escrito, que éste fuera enviado, junto con el expediente, a la Corte Suprema, como documento relativo al recurso de casación.

Fue recibido el asunto en la Corte el veintidós de julio de mil novecientos veintinueve, se repartió el veintinueve de los mismos, y se dio principio a la sustanciación el diez y nueve de septiembre; y cuando se abrió el traslado al recurrente, por auto de veintidós de octubre, éste omitió fundar el recurso ante esta Superioridad.

De esta relación aparece: el escrito sobre fundación del recurso elevado al Tribunal, fue extemporáneo, por estar vencido en demasía el tiempo en que debió presentarse. Ante la Corte no hubo tampoco demanda de casación, ya porque el escrito que se acompañó al expediente no está dirigido a esta corporación, ya porque aunque se considerara entablada ante ella, el escrito es extemporáneo porque se presentó cuando no estaba siquiera repartido el asunto, y mucho antes de haberse decretado el traslado al recurrente.

En tal virtud la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en el presente juicio, y ejecutoriada la sentencia objeto de él, dictada por el Tribunal Superior de Buga, con fecha primero de febrero de mil novecientos veintinueve.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, cinco de noviembre de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez 7° del Circuito de Bogotá, el señor José María Piedrahita demandó a la Venerable Orden Tercera de San Francisco, representada por su Síndico, señor Ezequiel Guzmán, para que fuese condenada a pagarle al demandante la cantidad de cinco mil novecientos sesenta y ocho pesos con setenta y cinco centavos ($ 5,968-75), o la que resulte probada en el curso del juicio, como valor por la evicción de parte de un predio que ella vendió al señor Francisco Plata U., y que éste le vendió al actor. Pidió, además, que fuese obligada a pagar las costas del juicio.

Invocó en apoyo de esta demanda los artículos 1880, 1893, 1894, 1895, 1897, 1904, 1911 del Código Civil, y los hechos siguientes:

"1° Por escritura número 881, otorgada ante el Notario 2° de Bogotá el veintisiete de marzo de mil novecientos veinte, la Venerable Orden Tercera de San Francisco de Asís, de Bogotá, vendió al señor Francisco Plata Uribe un terreno ubicado en el barrio de Chapinero de esta ciudad, que hace parte de la finca conocida con el nombre de **Potrerolargo,** terreno que tiene una extensión de doscientas once mil ciento dos varas cuadradas con cuarenta y siete centésimos de vara cuadrada (211.102,47), según el plano, y que está formado por tres porciones continuas, que se determinan así: la primera, o sea la salida que tiene el globo de terreno materia de esta venta, a la carerra trece, por donde pasa la carrilera del ferrocarril del Norte, y que linda: por el Norte, en una extensión de treinta y dos (32) metros, con terrenos del señor Justiniano Correal; por el Sur, en una extensión de veintiséis (26) metros, con terrenos de propiedad del doctor Eduardo Quintana Venegas; por el Oriente, en una extensión de cuarenta y cuatro (44) metros, con la segunda porción del globo de terreno materia de esta venta, y al cual le da entrada; y por el Occidente, con la carrera trece, por donde pasa la carrilera del ferrocarril del Norte, en una extensión de cuarenta y dos (42) metros. La segunda porción, que es la porción mayor, linda así: por el Norte, con la Compañía Colombiana de Seguros y con los señores Gaitán; por el Sur, en toda su extensión, con terrenos de Eduardo Quintana Venegas, antes de Carmen Malo Leiva; por el Oriente, en toda su extensión, con el terreno constituído por veinte fanegadas vendidas por la Tercera a los señores Jaime Holguín y Zenón Escobar Padilla, menos en una extensión de diez y seis (16) metros, situada en la parte noreste de esta porción, en la cual linda con la parte occidental de la tercera porción, o sea con el callejón de salida hacia el oriente de la porción segunda, que se está deslindando; y por el Occidente, en parte, con la primera porción ya deslindada, y en parte con terrenos del señor Justiniano Correal. La tercera porción o sea el callejón de salida de la segunda porción hacia el Oriente, hasta la carrera séptima o carretera del Norte, que es continuo y en línea recta, con una anchura de diez y seis (16) metros en toda su longitud, y que tiene cuatrocientos treinta y cuatro (434) metros de largo, en dirección de Occidente a Oriente, y deslindada así: por el Occidente, con la segunda porción antes deslindada, en una extensión de diez y seis (16) metros; por el Oriente, con la carrera séptima o carretera del Norte, en una extensión de diez y seis (16) metros; por el Norte, en parte, con terrenos de la Compañía Colombiana de Seguros y con la parte de la cuadra o lote que queda dividida por este callejón, cuadra que pertenece a la Orden Tercera; y por el Sur, en parte, con el terreno vendido a los señores Jaime Holguín y Zenón Escobar Padilla, hacia el Occidente, y la otra parte del lote o cuadra de que se acaba de hablar, y que queda dividida por la faja vendida, cuadra que queda lindando con la carretera expresada del Norte.'"

"2° Por escritura número 1019, otorgada ante el dicho Notario 2° el diez y seis de abril de mil novecientos veinte, el señor Francisco Plata U. me vendió el mismo terreno descrito en el hecho 1°

"3º Por sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el treinta de noviembre de mil novecientos veintidós, y no casada por la Corte Suprema de Justicia (según fallo de fecha primero de abril de mil novecientos veinticinco), fui privado de una parte del predio descrito, parte determinada así:

'La faja de terreno que hace parte del predio reivindicado, faja que mide diez y seis metros de frente sobre la carrera séptima, y ciento diez metros, veinticinco centímetros de fondo, medidos en el costado sur de dicha faja, la cual linda así: por el Norte, con terreno que hace parte del reivindicado, y que posee actualmente el doctor Marceliano Pulido; por el Oriente, con la carrera séptima; por el Sur, con lote del señor Jaime Holguín; y por el Occidente, con faja del mismo doctor Piedrahita, en línea oblicua.'

"La faja cuyos linderos acabo de indicar es la que el dicho Tribunal me condenó a restituir, según la sentencia mencionada.

"4º Por consecuencia del fallo del Tribunal sufrí evicción del terreno cuya situación y linderos indico en el hecho 3º, y que es parte de lo vendido por la Venerable Orden Tercera de San Francisco de Asís, de Bogotá, a don Francisco Plata U., y por éste a mí.

"5º En obedecimiento a la orden del Poder Judicial entregué a la Compañía Colombiana de Seguros la porción de terreno que determina el hecho 3º precedente.

"6º La Venerable Orden Tercera de San Francisco de Asís está obligada a sanearme la evicción que sufrí, como queda dicho.

"7º La Venerable Orden Tercera de San Francisco de Asís, de Bogotá, es la responsable de la evicción que sufrí.

"8º La evicción provino de que dicha Orden vendió dos veces y a distintas personas la parte de terreno que el Tribunal me condenó a entregar, según el citado fallo y determinada en el hecho 3º

"9º En el saneamiento por la evicción está comprendida la restitución del precio que recibió la dicha Orden por la venta del terreno evicto.

"10. En el saneamiento está comprendido también el aumento de valor que el terreno evicto tomó en mi poder (y en poder del señor Plata U.), aun por causas naturales o por el mero transcurso del tiempo.

"11. La Venerable Orden Tercera de San Francisco de Asís, de Bogotá (por medio de sus representantes), vendió al señor Plata U. lo mismo que antes había vendido a los señores Jaime Holguín y Zenón Escobar Padilla, en lo referente a la porción determinada en el hecho 3º, porción que, repito, quedó así vendida dos veces.

"12. Cuando hizo la venta el señor Plata U., la Orden vendedora no ignoraba que ya había vendido parte del terreno a los señores Jaime Holguín y Zenón Escobar Padilla, es decir, que en el terreno, objeto de aquella venta, quedaba incluída una porción,—la determinada en el hecho 3º—enajenada antes por la misma vendedora.

"13. La Venerable Orden Tercera de San Francisco de Asís, de Bogotá, obró con mala fe, en su carácter de vendedora, en el contrato celebrado con el señor Plata U.

"14. El precio que recibió la mentada Orden por el terreno vendido al señor Plata U., ascendió a setenta y un mil setecientos setenta y cuatro pesos ochenta y tres centavos ($ 71.774-83) oro, a razón de 'treinta y cuatro centavos de peso la vara cuadrada ($ 0-34).'

"15. En relación con el precio recibido por la Orden, correspondió al terreno evicto un precio de ochocientos catorce pesos con noventa y ocho centavos ($ 814-98).

"16. Ahora el terreno evicto vale a razón de dos pesos con cincuenta centavos cada vara cuadrada, o sean cinco mil novecientos sesenta y ocho pesos con setenta y cinco centavos el total del mismo terreno (pero en cuanto al mayor valor estaré a lo que resulte de las pruebas que se aduzcan).

"17. El terreno evicto tiene una cabida de dos mil trescientas ochenta y siete varas cuadradas y cincuenta centésimos de vara cuadrada (2.387,50).

"18. Y el fallo del Tribunal atrás citado se pronunció en el juicio reivindicatorio que siguió la Compañía Colombiana de Seguros contra la dicha Orden, contra el doctor Marceliano Pulido y contra mí."

El Síndico de la entidad demandada, al contestar la demanda, expuso:

"Niego el derecho que pretende el demandante para exigir la suma expresada en la primera petición del libelo, y para liquidar la indemnización con un aumento de valor de la cosa evicta, que excede a la cuarta parte del precio de la venta.

"La Venerable Orden Tercera de San Francisco de Asís ha procedido de buena fe en todos los actos y contratos de que se hace mérito entre los antecedentes de esta demanda, y ni moral ni legalmente es admisible la presunción de que esa institución, que no tiene por fin ni siquiera el lucro lícito, fuera capaz de proceder en cualquier negocio deliberadamente con el ánimo de afectar o perjudicar los intereses o derechos de quien ha contratado con ella."

Luégo aceptó unos hechos, negó otros, y opuso las siguientes excepciones:

1ª La de petición de un modo indebido, excepción que fundó en el hecho de que el demandante pretende exigir un exceso sobre la cuarta parte del precio de venta, contra lo dispuesto en la primera parte del artículo 1907 del Código Civil.

2ª Inexistencia de la obligación del pago que se demanda, en cuanto la pretensión del demandante excede el preindicado límite legal.

El Juez de primera instancia le puso término a la controversia así:

"1º Condénase a la Venerable Orden Tercera de San Francisco de Asís, de Bogotá, a pagar al doctor José María Piedrahita, dentro de tres días, la cantidad de tres mil quinientos ochenta y un pesos veinticinco centavos ($ 3.581-25) moneda corriente, como indemnización total por la evicción sufrida por éste de parte de un predio que aquella institución vendió al señor Francisco Plata Uribe por medio de la escritura pública número 881, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, el veintisiete de marzo de mil novecientos veinte, predio que el señor Plata Uribe vendió al doctor Piedrahita por escritura número 1019, pasada en la misma Notaría el diez y seis de abril del mismo año.

"2º Declárase infundadas las excepciones propuestas; y

"3º Condénase al demandado a las costas de este juicio."

El Tribunal de Bogotá falló la segunda instancia de la manera que a continuación se copia:

"El Tribunal reforma el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, en el sentido de limi-

tar la condenación que allí se hace al demandado, al precio de venta de la parte del terreno que fue materia de la evicción, aumentado de la cuarta parte del mismo precio; revoca la condenación en costas que contiene el numeral tercero, y en su lugar absuelve al demandado de ese cargo, y confirma la declaración del numeral segundo, de ser infundadas las excepciones propuestas.

"Sin costas en esta segunda instancia."

Contra este último fallo el personero del demandante interpuso recurso de casación, que por estar ajustado a las prescripciones legales, la Corte admite, y procede a decidir, previo el estudio de la demanda respectiva.

No se discute el hecho de la evicción que sufrió el demandante, ni la indemnización limitada a lo que debe abonar un vendedor de buena fe. El recurso se contrae a combatir la sentencia en cuanto el Tribunal no estimó que la Orden Tercera de San Francisco de Asís hubiera procedido de mala fe al vender una misma cosa a dos personas, y, por lo tanto, no le aplicó la sanción que para tales casos señala el artículo 1907 del Código Civil.

El recurrente invoca al respecto la primera causal de casación, y alega para sustentarla los siguientes motivos:

Primero. Dice el autor del recurso que la doble venta en sí misma prueba la mala fe. Quien alega un error o se excusa con él, debe probarlo, o probar que fue justo el error; la doble venta que está probada, acusa la mala fe, y para destruír la prueba o evitar su consecuencia, el demandado debió demostrar la existencia de un justo error de hecho, no solamente de un simple error.

El actor probó lo de su cargo; el demandado no estableció ni intentó establecer su error, puede decirse que ni lo alegó, y que el criterio más generalmente aceptado, continúa diciendo el recurrente, tiene como mala fe la doble venta, es cosa que quizá no se discute; y que la ley a su vez lo establece así, es cuestión que deciden los artículos 1º, 16 y 331 del Código Penal, los cuales señalan como delito la enajenación por dos o más veces de una misma cosa a diferentes compradores. A su turno el artículo 2º del mismo Código, dice que en toda violación de la ley se supone voluntad maliciosa, mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario, y los artículos 1759 del Código Civil y 542 del Código Judicial preceptúan que al demandado le corresponde probar los hechos en que funde sus excepciones, y que quien afirma un hecho debe probarlo. Así, la existencia del justo error aducido contra la situación de mala fe, resultante de la doble venta, debió probarlo la entidad demandada, puesto que es una excepción de su parte.

Por lo dicho, concluye el autor del recurso, el fallo acusado viola directamente el artículo 1907 del Código Civil, por no haberlo aplicado al pleito, siendo el caso de hacerlo para reconocer al comprador que sufrió la evicción **todo** el aumento del valor de la cosa evicta.

La Corte considera que no es exacta la tesis del recurrente, consistente en que cuando la evicción proviene de una doble venta, basta la comprobación de ese hecho para que se presuma la mala fe en el vendedor, puesto que el mismo artículo 1907, invocado en la demanda de casación, distingue para los efectos del saneamiento entre vendedores de buena o de mala fe.

Dice ese artículo:

"1907. El aumento de valor debido a causas naturales o al tiempo, no se abonará en lo que excediere a la cuarta parte del precio de la venta; a menos de probarse en el vendedor mala fe, en cuyo caso será obligado a pagar todo el aumento del valor, de cualesquiera causas que provenga."

En esta misma disposición se expresa claramente que la obligación de abonarle al comprador evicto todo el valor de la cosa, debido a causas naturales o al tiempo, depende de que se pruebe en el vendedor mala fe, esto es, que se demuestre esa circunstancia por el actor, ya que la mala fe no se presume, lo cual está de acuerdo con los principios de derecho que establecen la presunción contraria en materia civil, y con lo que dispone el artículo 769 del Código de la materia, que dice:

"La buena fe se presume, excepto en los casos que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros casos la mala fe deberá probarse."

Segundo cargo—El Tribunal incurrió, según el autor del recurso, en error de derecho en la apreciación de las escrituras públicas que prueban la doble venta y de las sentencias que reconocieron el hecho. Error que llevó al sentenciador al quebrantamiento de los artículos 1907, 1757, 1759 y 1765 del Código Civil; 542 y 681 del Código Judicial, porque en realidad lo que se hace es desconocer a las escrituras públicas y a los documentos auténticos la fuerza de plena prueba que la ley les asigna, y desatender los preceptos sobre la parte a quien corresponde la carga de la prueba y negar el derecho de obtener el pago del mayor valor de la cosa evicta sin limitación alguna, por existir la mala fe probada por esos documentos.

Reconoce el autor del recurso que al demandante corresponde la prueba de la mala fe del vendedor de la cosa evicta, y juzga que con las escrituras de venta y con las sentencias que dieron lugar a la evicción, cumplió su cometido. Analiza esas escrituras y las sentencias, para establecer que la Orden Tercera tenía conocimiento de que en la segunda venta entraba una parte de lo ya enajenado, y no podría abrigar duda respecto de que vendía una misma cosa a dos personas, y tacha, por tanto, de errónea la opinión del sentenciador expuesta en la sentencia acusada, de que el Tribunal que falló el juicio de reivindicación tuvo necesidad de un extenso y complejo razonamiento para aceptar la existencia de la doble venta; pues al recurrente le parece que el caso es muy claro y sin lugar a duda, como lo expresó el Tribunal que falló la reivindicación en favor de la Compañía Colombiana de Seguros; mucho menos, dice, podía la Orden Tercera vendedora ignorar que en la segunda venta comprendió parte de lo vendido en la primera, y por ello mismo procedió a sabiendas y con mala fe al efectuar esta última enajenación.

La Corte observa que los razonamientos hechos en la sentencia acusada son exactos; pues para fallar la reivindicación hubo necesidad de practicar inspecciones oculares sobre el terreno, y varias pruebas que establecieran el hecho de haberse comprendido en ventas de dos diversos lotes una parte de terreno que pertenecía al primero.

El siguiente razonamiento de la sentencia del Tribunal, fundado en las pruebas que figuran en el proceso, es rigurosamente exacto, y no puede tacharse de equivocado y mucho menos de manifiestamente erróneo:

"En este pleito, dice el Tribunal, es evidente que no se trata del primer caso, porque la venta hecha por el demandado a Holguín y a Escobar Padilla fue de un lote diferente, del que luégo fue vendido por el mismo demandado a Plata Uribe, y luégo por éste al hoy demandante Piedrahita. Además de esto, la manera como los linderos de los dos lotes vendidos se expresaron en las escrituras

de venta, sobre todo en la primera, fue bastante equívoca, u oscura cuando menos. Y tan evidente es esta última afirmación, que al lote vendido primeramente le faltó la determinación por uno de sus lados; y más aún por esta misma causa en el juicio de reivindicación propuesto por la Compañía Colombiana de Seguros contra la Orden Tercera, la sentencia de primera instancia, después de largos razonamientos fundados en dictámenes periciales, fue absolutoria; y este mismo Tribunal, al dictar la sentencia de segunda instancia, que revocó la de primera, tuvo necesidad de un extenso y complejo razonamiento para poder acoger la tesis del demandante, respecto de que sí estaba determinado el lote que demandaba, como parte del que fue materia de la venta hecha a los señores Holguín y Escobar Padilla, y de que la indeterminación u oscuridad era precisamente discutida en cuanto en esta primera venta los demandantes entendieron una cosa y la Orden demandada otra diferente. Léanse las extensas razones con que el Tribunal demostró su convicción al respecto, para poder revocar la sentencia de primera instancia (folios 20 vuelto a 22 del cuaderno principal)."

Tercer motivo—Este motivo se refiere al error de hecho en que cree el recurrente incurrió el Tribunal al no apreciar como comprobantes de mala fe con que procedió la Orden Tercera, el texto de las escrituras 608 y 881, que demuestran la doble venta y las sentencias que decretaron la reivindicación del lote que fue objeto de esa doble venta. Pero como ya se ha visto, el Tribunal consideró con razón que para llegar a resolver el punto de la reivindicación, tuvo el sentenciador que apoyarse en otras pruebas que aclararan los términos de las escrituras. No debe perderse de vista que la sentencia de primera instancia fue favorable a la Orden Tercera por una interpretación distinta a la que le dio a los instrumentos citados el Tribunal que falló en la segunda.

Cuarto cargo—Expone el recurrente que el Tribunal reconoce expresamente que de parte del demandado hubo una culpa, es decir, una "violación imputable, pero no maliciosa y voluntaria de la ley por la cual se incurre en alguna pena," que es como el artículo 3º del Código Penal, define **la culpa.** Acepta el Tribunal que por parte del demandado hubo una **violación de la ley,** y no puede negarse esa violación. En este terreno, continúa diciendo el autor del recurso, es indiscutible la aplicación del artículo 2º del mismo Código, para suponer voluntad y malicia en la violación de la ley, para presumir esa voluntad y malicia. En tal campo, concluye el recurrente, la presunción favorece al demandante que sostiene la existencia de la mala fe en los procederes del demandado, autor de la violación, como lo enseña el artículo 578 del Código Judicial. Y al desconocer el sentenciador la fuerza de la presunción, la suposición de la voluntad y malicia al violar la ley, quebrantó él los artículos 2º del Código Penal y 578 del Judicial, y consecuencialmente el artículo 1907 del Código Civil, por el ya indicado concepto.

Se refiere este cargo al siguiente pasaje de la sentencia del Tribunal, en que se niega la existencia de la mala fe y se concede que pudo haber un error y aún una culpa en la Orden Tercera vendedora, pero en ningún caso intención de perjudicar al comprador. El pasaje de la sentencia dice así:

"Según lo dicho, para el Tribunal es incuestionable que la mala fe sobre que el demandante se funda, no aparece, ni aparecer podía, de los meros contratos de venta; y muy al contrario, de los antecedentes de este juicio resulta que, si bien hubo un error de parte del demandado, y aún una culpa, esa mala fe no aparece; y tampoco fue probada por otros hechos positivos distintos de los contratos en cuestión."

Como se ve, la expresión del Tribunal se refiere al descuido o culpa civil, que no alcanza a las proporciones del dolo o culpa lata, pues bien claro se lee en el pasaje referido que la mala fe no aparece.

Ahora, como en materia civil la mala fe no se presume, ni tampoco el dolo, o sea la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (artículos 169 y 1516 del Código Civil), correspondía al demandante la carga de la prueba, y el Tribunal halló, con sobra de fundamento, que las solas escrituras de venta y las sentencias en que la demanda se apoya, no son suficientes para demostrar la mala fe del vendedor, que es la razón y la base de las pretensiones del actor.

Quinto cargo—El autor del recurso estima que hubo error en el Tribunal al considerar la doble venta de que es autora la parte demandada, como una culpa y no como un delito. Conforme al artículo 831 del Código Penal, la doble venta es un delito que implica voluntad y malicia en el hecho, y el Tribunal, al desatender esta disposición, la quebranta, así como el artículo 1º del Código Penal, por no haberlo aplicado al caso del pleito, siendo aplicables, así como el artículo 3º del mismo Código, por haber calificado como culpa lo que es delito, para excluír la malicia y la voluntad, en donde ambos existen y son aparentes, y deben acarrear la sanción impuesta por el artículo 1907 del Código Civil, que alcanza a las personas jurídicas, entidades no responsables criminalmente, pero sí civilmente.

Observa la Corte que si el Tribunal, por el estudio de las pruebas, del cual se ha hecho mención en otro paso de este fallo, halló que por la oscuridad de los títulos y por la falta de medición de los terrenos, no aparecía la mala fe de la Orden Tercera Franciscana, vendedora, al incluír en una segunda venta parte del lote de tierras enajenado en la primera, mucho menos podía considerar como delito ese hecho, ya que éste consiste en la voluntaria y maliciosa violación de la ley.

La misma razón sirve para contestar el sexto motivo, en que el recurente sitúa el caso en el campo de la culpa lata, que equivale al dolo, y acusa la sentencia por violación del artículo 63 del Código Civil, que define esa especie de culpa, puesto que el autor del recurso considera que hubo inmensa falta de prudencia y de mucha negligencia de parte de la Orden Tercera, al no estudiar la situación creada por la venta hecha antes por ella misma, al no releer la escritura por medio de la cual perfeccionó esa venta, para que hubiera podido enterarse de que había enajenado todo el frente de su finca sobre la carretera del Norte, menos los diez y seis últimos metros; al no advertir lo sucedido al comprador que entró en la segunda negociación. Esa culpa, dice el recurrente, significa intención de inferir injuria a la persona del comprador, a la propiedad de éste, o equivale a esa intención y constituye, por tanto, mala fe.

Se dice que las razones aducidas por el Tribunal sirven para contestar este cargo, porque los títulos no eran claros, hasta el punto de que hubo necesidad de interpretar uno de ellos para llegar a la conclusión de que la reserva de la Orden Tercera sobre la carretera del Norte se refería únicamente a los diez y seis metros.

A la interpretación opuesta llegó el Juez de la primera instancia, que acogió el dictamen del perito doctor Abraham Arenas, que en lo pertinente dice así:

"Es de advertir, por último, que en el mismo lindero norte no se dijo que la cosa vendida limitaba con la faja reservada, en toda su extensión, sino con lote **que se reservó la Tercera en toda su extensión**, que mide diez y seis metros de Norte a Sur; y lote que hace parte de dicho **Potrerolargo.**"

En atención a lo dicho, conceptúo que la frase "y lote que hace parte de dicho **Potrerolargo**" tántas veces copiada, es lindero y no explicación; y que, por consiguiente, ni la faja de diez y seis metros, ni un lote irregular, que en parte se interpone entre ella y la cosa vendida, entran en la venta, a menos que se necesite de tal lote para completar las veinte fanegadas vendidas.

Para el suscrito la frase "y lote que hace parte de dicho **Potrerolargo,**" constituye un lindero y no una explicación, como lo sostiene el abogado de la parte demandante, porque ella está separada por punto y coma. Y es sabido que este signo ortográfico sirve para establecer relación estrecha entre las oraciones que liga, y media entre las proposiciones de alguna extensión, que figuran como miembros de una enumeración descriptiva."

Séptimo cargo.—Cierra el recurrente su acusación señalando como violado el artículo 1907 del Código Civil, por no haber condenado el Tribunal a la Orden Tercera de San Francisco de Asís a pagar al demandante todo el valor del lote de terreno evicto, siendo así que está comprobada la mala fe de la vendedora; mas como esa mala fe no se halla demostrada, según se ha visto, ni se han justificado los errores de hecho y de derecho alegados al respecto, no puede prosperar la acusación por quebrantamientos del artículo citado.

En razón de todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el veintitrés de agosto de mil novecientos veintiocho, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A. Juan N. Méndez—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de octubre último.

En Bogotá, a dos de noviembre de mil novecientos treinta y dos, se presentó en la Secretaría de la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de octubre último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones que hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	121
Entrados en el mes	29
Total	150
Estos negocios se hallan:	
Abandonados por las partes	18
Devueltos a los Tribunales	20
En comisión	12
Archivados	4
En poder del Procurador	9
Con proyecto	19
Al estudio	11
En traslado a particulares	1
En actuación	56
Total	150
De este total se deducen 20 devueltos a los Tribunales y 5 archivados	25
Quedan pendientes	125

En el tiempo a que se contrae la visita, se dictaron 14 sentencias y 10 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor Cárdenas, 10; el doctor González Torres, 9; y el doctor Trujillo Arroyo, 9.

Se ordenó reclamar los siguientes asuntos: al Tribunal de Neiva, el sumario contra los empleados de la Comisaría del Caquetá; al Alcalde de Cartagena, el sumario contra los Magistrados del Tribunal Superior de allí; al Juez 3º del Circuito en lo Criminal de Bogotá, el sumario contra Juan M. de la Espriella; al Juez 1º del Circuito de Barranquilla, el despacho librado en el sumario contra el doctor Luis F. Reyes Llaña, por denuncio del doctor Sotero Peñuela, y al doctor Laureano Gómez un exhorto en el mismo asunto; al Juez 3º del Circuito de Cartagena y al Inspector 4º Municipal de Barranquilla, el diligenciamiento de los despachos en la revisión de Domingo Zárate Ortiz.

Sin observaciones y sin haber encontrado demoras en el despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, **M. Galvis R.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, treinta de octubre de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

En el caserío de **Pueblonuevo**, jurisdicción municipal de Nilo, y en la mañana del día diez y siete de marzo de mil novecientos veintiocho, Félix Antonio Rodríguez, quien estaba belicoso a consecuencia de algunas copas de licor que había ingerido, tuvo un altercado con Marcelino Nieto sin resultado alguno, aunque Rodríguez disparó su revólver al aire. Habiendo llegado allí Ana Julia Garzón, con quien había mantenido Rodríguez relaciones amorosas, se alejó con ella por el camino de **Cumaca**;

poco después invitó a la mujer a tomar cerveza en la tienda de Belisario Escamilla, y como ella no aceptara, Rodríguez sacó su revólver y le disparó, causándole la muerte por medio de una herida en el cuello. Posteriormente, cuando el Juez Municipal de Nilo, por ausencia del Alcalde, procedió a la aprehensión del matador, éste sacó nuevamente su revólver y lo tendió en actitud amenazante contra el Juez, quien obrando con rapidez, le tomó la mano en que empuñaba el arma, y con el auxilio de varias personas logró verificar la captura, habiéndose producido durante la lucha un disparo que hirió al espectador Abel Pedreros, causándole quince días de incapacidad, sin más consecuencias.

Abierta la causa por auto de veintiocho de mayo de mil novecientos veintinueve, proferido por el Juzgado 3º Superior de Bogotá, al Jurado que en ella intervino se le propusieron las siguientes cuestiones, que se transcriben con sus respuestas:

"Cuestión primera. ¿El acusado Félix Antonio Rodríguez es responsable, sí o nó, de haber dado muerte voluntariamente a Ana Julia Garzón por medio de una herida que le infirió con arma de fuego (revólver), a consecuencia de la cual murió la Garzón horas después de recibirla; hecho que tuvo lugar en las horas de la mañana del día diez y siete de marzo de mil novecientos veintiocho?

El Jurado contestó: **"Sí es responsable."**

"Cuestión segunda. ¿El acusado Félix Antonio Rodríguez es responsable, sí o nó, de haberle causado voluntariamente una herida a Abel Pedreros, por medio de un disparo de revólver, herida que incapacitó a Pedreros para trabajar como antes por el término de quince días, sin dejarle consecuencias; hecho que tuvo lugar en las horas de la tarde del día diez y siete de marzo de mil novecientos veintiocho, en jurisdicción del Municipio de Nilo?"

El Jurado respondió: **"Sí, pero involuntariamente."**

"Cuestión tercera. ¿El acusado Félix Antonio Rodríguez es responsable, sí o nó, del delito de resistencia a la autoridad, consistente en haberse opuesto, armado de un revólver cargado y por medios violentos, a la ejecución de actos de justicia, provenientes del señor Juez Municipal de Nilo, en su calidad de Juez, y a sabiendas de que éste obraba en su calidad de autoridad legítima; hecho que tuvo lugar en las horas de la tarde del día diez y siete de marzo de mil novecientos veintiocho, en la población de Nilo?"

El Jurado contestó: **"No es responsable."**

En acatamiento al veredicto, el Juez Superior 3º del Distrito Judicial de Bogotá profirió sentencia condenatoria con fecha treinta de octubre del mismo año de mil novecientos veintinueve, la que por error aritmético en el cómputo de la pena corrigió en proveído del ocho de noviembre siguiente, donde la condenación se fija en doce años, seis meses y cuatro días de presidio y las penas accesorias, considerando a Rodríguez responsable en segundo grado de homicidio voluntario, y en tercer grado del delito de heridas, con el aumento correspondiente por reincidencia, y con la rebaja de una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la sanción aplicable por el delito de homicidio. Base de la condenación fueron los artículos 587, 600 y 672 del Código Penal.

En sentencia del cinco de febrero del presente año el Tribunal Superior reformó la de primera instancia, por considerar aplicable al delito de heridas el artículo 662 del Código Penal, y rectificando el cómputo de la pena, encontró que debía condenarse al procesado a la de once años y cinco días de presidio con sus accesorias de rigor.

En oportunidad el señor defensor del procesado interpuso recurso de casación, invocando la segunda de las causales señaladas para tal efecto por el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, causal que ante la Corte, y dentro del término del respectivo traslado, fue sustentada en forma que hace admisible el recurso para estudio de fondo.

Sostiene la demanda, como demostración de la causal segunda invocada, que el proceso está viciado de nulidad sustancial por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación genérica del delito de que resultó víctima ocasional el joven Abel Pedreros; en cuanto no debió hacerse el llamamiento a juicio por el delito genérico de heridas, como lo hizo el Juzgado 3º Superior de Bogotá, sino por el delito genérico de homicidio, ya que en sentir del recurrente se trata de un caso claro de homicidio frustrado.

Después de insertar la demanda de casación los apartes que se consideraron conducentes, tomándolos de las sentencias de primera y segunda instancia y del auto de proceder, relativos a la cuestión de hecho, transcribe en seguida las declaraciones del Juez Municipal Eufrasio Gutiérrez, de Elisio Martínez y Pedro Barerro, quienes en asocio de otras personas le ayudaron al Juez a sujetar a Rodríguez. Y en seguida de otras citas y de algunas consideraciones, continúa así:

"Los declarantes afirman, pues, que Félix Antonio Rodríguez, en el momento en que el Juez Municipal Eufrasio Gutiérrez le intimó prisión, tomó de su bolsillo el revólver que llevaba y lo tendió directamente sobre el mismo Gutiérrez, llevando el dedo al disparador o gatillo del arma. No precisan los declarantes a qué distancia se encontraba Rodríguez de Gutiérrez, pero se deduce lógicamente del relato que hacen, que la distancia debía ser muy corta, toda vez que quienes intervinieron en la escena se encontraban dentro de una casa y formando grupo, y toda vez que Gutiérrez alcanzó a impedir que su agresor disparara en el primer momento el tiro, a pesar de que éste tenía, como se ha dicho, el dedo en el gatillo. Gutiérres afirma que Rodríguez le apuntó en dirección al pecho; Martínez dice que Rodríguez le tendió el revólver a Gutiérrez con el ánimo de dispararle. Barrero indica que Rodríguez le apuntó a Gutiérrez con el ánimo de dispararle. Burgos declara que Rodríguez sacó el revólver del bolsillo, con ánimo de atacar a Gutiérrez.

"Para todo aquel que lea los anteriores testimonios, medite con serenidad acerca de ellos, y los compare entre sí, resulta claro que la nota saliente de esas declaraciones, está en la impre (sic) neta, precisa, perfectamente definida, que todos los testigos tuvieron de que Rodríguez abrigó la intención de disparar sobre Gutiérrez, y de que manifestó clamorosamente esa intención por medio de actos externos. Ahora bien: un revólver es una de las armas más peligrosas que puedan emplearse para atacar a un hombre. La experiencia más elemental instruye a toda persona adulta de que las lesiones hechas con arma de fuego suelen ser mortales. Rodríguez tenía la conciencia nítida de que su revólver funcionaba correctamente, y de que era capaz de causar la muerte, puesto que el mismo día había privado de la vida a Ana Julia Garzón con ese mismo revólver. Rodríguez dirigió el arma directamente sobre el cuerpo de Gutiérrez, en su región más noble y delicada, la del pecho, donde se hallan alojados los órganos más importantes del hombre.

La distancia que lo separaba de su víctima, se ha visto que tuvo que ser muy corta. Todo este conjunto de circunstancias, coordinadas entre sí, convergen de una manera lógica y contundente a demostrar el hecho de que Félix Antonio Rodríguez tuvo el propósito de darle muerte a Eufrasio Gutiérrez. Si a estas consideraciones se agregan otras de carácter distinto, pero no menos concluyentes, como la de que la situación de ánimo de Rodríguez era desesperada, pues hasta había intentado suicidarse horas antes, y como la de que su fuga había sido impedida por Gutiérrez—quien por virtud de sus actividades planteaba ante el espíritu del reciente homicida todo el terror del proceso, de la condenación, de la pérdida de la libertad por muchos años—la mente llega de un modo natural y sin esfuerzo alguno, al convencimiento de que Félix Rodríguez intentó consumar un nuevo homicidio en la tarde del diez y siete de marzo de mil novecientos veintiocho.

"Es vedad que el problema de distinguir el delito de heridas del delito de homicidio frustrado o tentado, es arduo y difícil. Nunca han llegado los expositores a establecer un criterio definitivo de acierto acerca de este punto. Todos se contentan con hacer indicaciones de carácter general, advirtiendo que sólo puede resolverse ese punto en cada caso particular, de acuerdo con las circunstancias y antecedentes que lo rodearon. Es verdad que aferrar la verdadera naturaleza de intención criminosa, precisarla, interpretarla exactamente, es una cuestión muy compleja y delicada, puesto que se trata de un fenómeno subjetivo, interno, del cual no puede juzgar con certidumbre sino el agente mismo.

"Pero es verdad también que la justicia humana, no pudiendo escrutar las conciencias, está obligada a deducir las intenciones de los hechos externos, de las circunstancias materiales, de las formas en que se manifiesta la actividad de los culpables, de los medios que emplean, de las razones o motivos que los mueven próximamente a obrar. Y es evidente que si no se apelara a esos criterios para separar la intención de causar una lesión de la intención de dar la muerte, semejante problema permanecería insoluble. Es del mismo modo evidente que el sindicado, en tales casos, estará siempre inclinado a sostener que su propósito fue cometer el delito menos grave."

Y después de invocar la demanda la doctrina de varios maestros de la ciencia penal, dice así:

"Salta a la vista que conforme a las enseñanzas de la experiencia jurídica, sintetizadas en los conceptos que se dejan transcritos de los antecedentes y circunstancias que concurrieron en el acto de violencia ejecutado por Félix Antonio Rodríguez contra Eufrasio Gutiérrez, puede darse por sentado que esa intención era la de matar, el **animus necandi**, de que hablan los prácticos.

"Ahora bien: el disparo que Rodríguez no pudo hacer en el primer momento, impedido como estaba, por la presión física que sobre él ejercía Gutiérrez, el disparo que logró hacer apenas pudo consumar el movimiento necesario sobre el gatillo del arma, persistiendo en su propósito—pues si hubiera desistido de él, se habría dejado desarmar, o habría arrojado el revólver, o por lo menos habría soltado el disparador, y puesto que la lucha sostenida cuerpo a cuerpo debió, naturalmente, llevar la irritación de su ánimo al mayor grado—el disparo que Rodríguez logró hacer sobre su contrincante, no causó daño alguno a Gutiérrez, sino que fue a herir al joven Abel Pedreros, quien se hallaba a corta distancia de los contendores. ¿Querrá esto decir que el delito de Rodríguez pierde, por virtud de ese accidente fortuito, su carácter intencional, para convertirse en un acto culposo o involuntario? El caso concreto que se contempla ha sido largamente debatido, desde el punto de vista general y abstracto, por los grandes maestros de la ciencia penal. Pero en manera alguna puede discutirse dentro de este proceso, ni a luz de la legislación positiva colombiana, porque el artículo 17 del Código Penal le cierra el paso a toda controversia sobre el particular. El legislador resolvió semejante problema en forma definitiva y perentoria, y no es oportuno siquiera opinar si lo hizo en forma desacertada o satisfactoria. Dice así el artículo:

'No excusa de responsabilidad la circunstancia de que el hecho u omisión cause un mal distinto del que se propuso el culpado, **o recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se propuso ofender.**'

"Es perfectamente claro, por consiguiente, que puede prescindirse, al hacer el estudio de esta causa, de la persona de Abel Pedreros; pues para considerar la responsabilidad de Félix A. Rodríguez, y para buscar cuál es la sanción que le corresponde, es exactamente lo mismo que hubiera padecido la lesión Gutiérrez o Pedreros. El elemento intencional subsiste en toda su integridad."

Planteada así la tesis sobre homicidio frustrado, en el caso que se estudia, para resolver se considera:

Aunque el testigo Jorge Burgos (folio 9 vuelto), afirma que Rodríguez "sacó un revólver del bolsillo de los zamarros con ánimo de atacar a Gutiérrez," y "éste inmediatamente le cogió la mano donde tenía el revólver y lo tumbó al suelo, llamando gente para que le ayudaran a quitárselo," los otros declarantes, que lo fueron el Juez Municipal Eufrasio Gutiérrez, Elisio Martínez y Pedro Barrero (folios 8 vuelto y 10 vuelto, cuaderno 1º), manifiestan que Rodríguez no solamente sacó el arma del bolsillo, sino que la apuntó contra Gutiérrez "con ánimo de dispararle," agregando el Juez que el arma iba dirigida a su pecho. Todos estos testigos están de acuerdo en que Gutiérrez le agarró con rapidez la mano en que Rodríguez tenía el arma, y que sobreviniendo una lucha cuerpo a cuerpo, en que el Juez fue ayudado por los declarantes, se produjo un disparo de revólver, que fue a herir al espectador Pedreros. Y sobre el modo mismo como se ocasionara el disparo, sólo está la declaración de Senén Perdomo, quien dice (folio 11):

"En relación con los hechos ocurridos ayer con la captura de Félix A. Rodríguez, a quien se le sindicaba del delito de homicidio, me consta, por haberlo visto y presenciado, que estando en las pesquisas, por ahí a las cuatro de la tarde, yendo para la casa del señor Venancio Tobar, sita en esta población, vi un grupo de gente, que me llevó al pleno conocimiento de que, efectivamente, ahí tenían a Félix Rodríguez, pues un poco antes ya me lo habían dicho; visto esto, aceleré el paso, y cuando iba llegando la gente que formaba el grupo, se dispersó, y entre Elisio Martínez y Eufrasio Gutiérrez, Juez este último, tenían sujetado a Rodríguez, bregando a quitarle un revólver que tenía éste en las manos, yo les ayudé cogiendo a Rodríguez del brazo y llevándoselo contra el suelo, y en esa lucha salió un disparo que hizo blanco en la persona de Abel Pedreros, pues fue el único que resultó inmediatamente herido. Cuando yo le puse la mano a Rodríguez para impedir que levantara el revólver e hiriera a cualquiera de los que estábamos ahí, fue que (sic) salió el tiro. Ahí se desarmó y fue reducido a prisión con las seguridades del caso. Es cuanto me consta."

Este testigo no presenció, pues, la intimación de captura ni el acto de Rodríguez de sacar el arma en actitud amenazante, ni tampoco el principio de la lucha, que por lo que parece, tuvo alguna duración sin que el disparo se produjera, y sin que Rodríguez estuviera completamente dominado; pero sí muestra que al venir el auxilio de Perdomo, fue cuando salió el tiro que irió a Pedreros, esto es, al final de la lucha, y cuando mediante esa colaboración oportuna pudo verificarse la captura.

Sobre la base probatoria es indudable que Rodríguez sacó su revólver del bolsillo para hacer uso de él en actitud amenazante; pero en el hecho de que se trata no es posible determinar de modo indudable cuál fue la verdadera intención del agente: si la de intimidar en busca quizás de una coyuntura favorable a la fuga, o bien, la de herir o la de matar. Si este último hubiera sido el designio de Rodríguez, no es bien explicable cómo pudo Gutiérrez tomarle la mano en que portaba el revólver, siendo así que, según lo afirma el Juez, el arma estaba dirigida a su pecho, y que la acción de disparar en tales circunstancias, es de suyo mucho más rápida que el movimiento de defensa ejercitado por el Juez Municipal. O si se admite, como lo afirma el testigo Burgos, atrás citado, que Rodríguez apenas alcanzó a sacar la mano armada del bolsillo de los zamarros sin apuntarla o darle dirección, por habérselo impedido inmediatamente el Juez, lo cual sería muy verosímil, entonces el hecho sería todavía más equívoco, en el sentido de fijar la verdadera intención del agente.

Claro está, por lo demás, que en las circunstancias anotadas el hecho de sacar revólver no es por naturaleza indiferente, sino que denota una intención dañada, pues aun en el supuesto de menor gravedad, como sería el de que Rodríguez sólo se propuso amparar su fuga sin causar daño a las personas que iban a acapturarlo, ese propósito no podría considerarse inocente. Mas no es posible, aun en presencia de los juiciosos argumentos contenidos en la demanda de casación, afirmar rotundamente, sin dar margen a vacilaciones o a dudas, que la verdadera intención de Rodríguez fuese la de ultimar a Gutiérrez, y que, por lo mismo, el delito de que se trata no es el de heridas, sino el de homicidio tentado o frustrado.

No puede admitirse que se trate aquí de homicidio frustrado, como lo sostiene el señor abogado recurrente, porque no se encuentran reunidas todas las condiciones o circunstancias necesarias para producir el homicidio de modo que si éste no se produjo ello dependiera de causas o accidentes ajenos a la voluntad del agente; pues según las declaraciones de quienes presenciaron los hechos, no hubo por parte de Rodríguez actos de tal naturaleza, como sería el de disparar el arma que tenía en la mano, suficientes para indicar la intención de matar, sino que, por el contrario, el arma no fue disparada por Rodríguez, sino en el forcejeo que hubieron de hacer quienes bregaban por desarmarlo; y si el proyectil salido del arma fue a herir a Abel Pedreros, no puede decirse que un homicidio frustrado, respecto al Juez Gutiérrez, se pudiera tener como tál, aun hiriendo a otra persona distinta, según el artículo 17 del Código Penal, porque para ello sería menester haber demostrado que realmente se trata de ese homicidio, imperfecto o frustrado, en vez de heridas involuntarias en la persona de Abel Pedreros, como acertadamente han calificado los Jueces de hecho el delito de que se trata.

Por consiguiente, en vista de las constancias procesales, y meditando sobre la tesis planteada en casación a base de argumentos muy doctos, se puede concluír que el punto es bastante dudoso, y que, por lo mismo, es el caso de desatar la dificultad conforme a los principios generales de jurisprudencia, esto es, decidiendo la duda a favor del reo, lo cual aparece resuelto en el proceso, al considerar los juzgadores el hecho cuestionado como simple delito de heridas sancionado más benignamente por el Código Penal que el de homicidio frustrado, que se alega haber existido, por el señor apoderado recurrente.

La finalidad que éste persigue, bien podría considerarse aceptable a pesar de venir él sosteniendo la existencia de un delito más grave, por la razón dicha de que el volver a la condición de enjuiciado, coloca a Rodríguez en mejor situación que la de reo condenado por sentencia; pero esta tesis, que en abstracto se admite, no corresponde al caso concreto aquí contemplado, desde luégo que no se ha llegado a establecer la existencia del homicidio frustrado.

No hubo, pues, error en la denominación genérica del delito, y no está demostrada, por lo mismo, la causal 2ª de casación en que el recurso se funda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia que ha sido materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—El Conjuez, **Ernesto Valderrama Ordóñez—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado reunido para decidir de la responsabilidad del acusado A. Cardenio Santacruz, por los hechos porque fue llamado a responder en juicio criminal ordinario, se le propuso la siguiente serie de cuestiones, conforme a los respectivos autos de proceder:

"Serie 1ª ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haberse apropiado, sin derecho alguno, la suma de ciento diez y siete pesos con ochenta centavos, pertenecientes a los señores Hermógenes Zarama & Cª, haciéndosela entregar por éstos en el cheque número 6, serie 572, a cargo del Banco Hipotecario del Pacífico, cheque que fue cobrado por él mismo en las oficinas de dicho Banco el día diez y seis de abril de mil novecientos veintiocho, mediante el artificio o engaño del recibo y telegrama falsos, de folios 3 y 10, que llevan uno y otro la fecha catorce del mismo mes y año, lo cual aconteció este mismo día, a las dos o tres de la tarde, más o menos?"

"Sí, sí, sí, sí."

"Serie 2ª ¿El acusado A. Cardenio Santacruz es responsable de haber suplantado el recibo de folios 3, fechado el catorce de abril de mil novecientos veintiocho, falsificando la firma del señor Néstor F. Chaves B., y haciendo constar bajo el sello de la oficina, que los señores Hermógenes Zarama y Compañía le habían consignado a él,

en su carácter de Administrador Departamental de Hacienda Nacional en Pasto, la suma de ciento diez y siete pesos con ochenta centavos, por derechos de importación, conforme al telegrama número 320 del Administrador de la Aduana de Tumaco, lo cual lo hizo a sabiendas?"

"Sí, sí, sí, sí, sí,"

"Serie 3ª ¿El acusado A. Cardenio Santacruz es responsable de haber usado del documento falsificado, de que habla la pregunta anterior, lo cual lo hizo a sabiendas de su falsedad?"

"Sí, sí, sí, sí, sí,"

"Serie 4ª ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber suplantado el telegrama número 374, de folio 10, fechado el catorce de abril de mil novecientos veintiocho, falsificando la firma del señor Néstor F. Chaves B., en su carácter de Administrador Departamental de Hacienda Nacional en Pasto, por medio del cual se comunicaba, el catorce de abril del mismo año, al Administrador de la Aduana de Tumaco, que los señores Hermógenes Zarama y Compañía habían consignado ciento diez y siete pesos con ochenta centavos, por derechos de importación, conforme al telegrama número 30, y se ordenaba entregar la mercancía, lo cual hizo a sabiendas?"

"Sí."

"Serie 5ª ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber usado del documento falsificado, de que habla la pregunta anterior, a sabiendas de su falsedad?"

"Sí."

"Serie 6ª ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber suplantado el endoso del cheque número 6, serie 572, fechado el catorce de abril de mil novecientos veintiocho, y suscrito por los señores Hermógenes Zarama y Compañía, endoso que lleva la fecha diez y seis del mismo mes y año, falsificando la firma del señor Néstor F. Chaves B., en su carácter de Administrador Departamental de Hacienda Nacional en Pasto, lo cual lo hizo a sabiendas?"

"Sí, sí, sí, sí, sí,"

"Serie 7ª ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber usado del documento falsificado, de que habla la pregunta anterior, a sabiendas de su falsedad?"

"Sí, sí, sí, sí, sí,"

"Serie 8ª ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haberse apropiado, sin derecho alguno, la suma de ciento diez y seis pesos con cincuenta y siete centavos, pertenecientes a los señores Noval Rojas y Compañía, haciéndosela entregar por éstos mediante el artificio o engaño del recibo y telegrama falsos, de folios 69 y 145, que llevan uno y otro la fecha de veintiocho de marzo de mil novecientos veintiocho?"

"Nó."

"Serie 9ª ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haberse apropiado, sin derecho alguno, la suma de ciento noventa y seis pesos, pertenecientes a los señores Hermógenes Zarama y Compañía, haciéndosela entregar por éstos en el cheque número 45, serie 485, a cargo del Banco Hipotecario del Pacífico, cheque que fue cobrado por él mismo en las oficinas de dicho Banco, el día siete de marzo de mil novecientos veintiocho, mediante el artificio o engaño del recibo y telegrama falsos, de folios 125 y 143, que llevan uno y otro la fecha siete del mismo mes y año, lo cual aconteció ese mismo día?"

"Sí."

"Serie 10. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber suplantado el recibo de folio 69, fechado el veintiocho de marzo de mil novecientos veintiocho, falsificando la firma del señor Néstor F. Chaves B., y haciendo constar bajo el sello de la oficina que los señores Noval Rojas y Compañía le habían consignado a él, en su carácter de Administrador Departamental de Hacienda Nacional en Pasto, la suma de ciento diez y seis pesos con cincuenta y siete centavos, por derechos de importación, conforme al telegrama número 251 del Administrador de la Aduana de Tumaco, lo cual lo hizo a sabiendas?"

"Sí."

"Serie 11. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber suplantado el telegrama número 289, de folio 145, de veintiocho de marzo de mil novecientos veintiocho, falsificando la firma del señor Néstor F. Chaves B., en su carácter de Administrador Departamental de Hacienda Nacional en Pasto, por medio del cual se comunicaba el veintiocho de marzo del mismo año, al Administrador de la Aduana de Tumaco, que los señores Noval Rojas & Compañía habían consignado ciento diez y seis pesos con cincuenta y siete centavos por derechos de importación, conforme al telegrama número 251, y se ordenaba entregar la mercancía, lo cual lo hizo a sabiendas?"

"Sí."

"Serie 12. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber suplantado el telegrama número 229, de veintidós de marzo de mil novecientos veintiocho, de folio 144, falsificando la firma del señor Néstor F. Chaves B., en su carácter de Administrador Departamental de Hacienda Nacional en Pasto, por medio del cual se comunicaba el veintidós de abril del mismo año al Administrador de la Aduana de Tumaco, que el señor Pedro Guerrero C. había consignado ciento nueve pesos con ochenta centavos por derechos de importación, conforme al telegrama número 291, y se ordenaba entregar la mercancía, lo cual lo hizo a sabiendas?"

"Nó."

"Serie 13. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber suplantado el recibo de folio 125, fechado el siete de marzo de mil novecientos veintiocho, falsificando la firma del señor Néstor F. Chaves B., y haciendo constar bajo el sello de la oficina que los señores Hermógenes Zarama y Compañía le habían consignado a él, en su carácter de Administrador Departamental de Hacienda Nacional en Pasto, la suma de ciento noventa y seis pesos con siete centavos por derechos de importación, conforme al telegrama número 209, de fecha cinco del mismo mes y año, del Administrador de la Aduana de Tumaco, lo cual lo hizo a sabiendas?"

"Sí."

"Serie 14. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber suplantado el telegrama número 160, de folio 143, fechado el siete de marzo de mil novecientos veintiocho, falsificando la firma del señor Néstor F. Chaves B., en su carácter de Administrador Departamental de Hacienda Nacional en Pasto, por medio del cual se comunicaba el siete de marzo del mismo año, al Admi-

nistrador de la Aduana de Tumaco, que los señores Hermógenes Zarama y Compañía habían consignado ciento noventa y seis pesos con siete centavos por derechos de importación, conforme al telegrama número 209, y se ordenaba entregar la mercancía, lo cual lo hizo a sabiendas?"

"Sí."

"Serie 15. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber suplantado el recibo de folio 98, fechado de veintitrés de febrero de mil novecientos veintiocho, falsificando la firma del señor Néstor F. Chaves B., y haciendo constar, bajo el sello de la oficina, que los señores Bracht Hermanos le habían consignado a él, en su carácter de Administrador Departamental de Hacienda Nacional en Pasto, la suma de noventa y seis pesos con diez y nueve centavos por derechos de importación, conforme al telegrama número 157, del Administrador de la Aduana de Tumaco, lo cual lo hizo a sabiendas?"

"Nó."

"Serie 16. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber suplantado el telegrama número 84, de folio 142, fechado el veintitrés de febrero de mil novecientos veintiocho, falsificando la firma del señor Néstor F. Chaves B., en su carácter de Administrador Departamental de Hacienda Nacional en Pasto, por medio del cual se comunicaba el veintitrés de febrero del mismo año al Administrador de la Aduana de Tumaco, que los señores Bracht Hermanos habían consignado noventa y seis pesos con diez y nueve centavos por derechos de importación, conforme al telegrama número 157, y se ordenaba entregar la mercancía, lo cual lo hizo a sabiendas?"

"Nó."

"Serie 17. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber suplantado el endoso del cheque número 45, serie 485, fechado el siete de marzo de mil novecientos veintiocho, y suscrito por los señores Hermógenes Zarama y Compañía, endoso que lleva la fecha siete del mismo mes y año, falsificando la firma del señor Néstor F. Chaves B., en su carácter de Administrador Departamental de Hacienda Nacional en Pasto, lo cual lo hizo a sabiendas?"

"Sí."

"Serie 18. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber usado del documento falsificado, de que habla la pregunta anterior, a sabiendas de su falsedad?"

"Sí."

"Serie 19. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber contrahecho, a sabiendas y en perjuicio de tercero, o con intención de causarlo, la libranza número 13, de folio 83, fechada el nueve de febrero de mil novecientos veintiocho en esta ciudad, dirigida a los señores Max Müller & Compañía, fingiendo la firma del señor Néstor F. Chaves B.?"

"Sí."

"Serie 20. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber contrahecho, a sabiendas y en perjuicio de tercero, o con intención de causarlo, la libranza número 25, de folio 84, fechada en diciembre de mil novecientos veintisiete en esta ciudad, dirigida a los señores Max Müller, fingiendo la firma del señor Néstor F. Chaves B.?"

"Sí."

"Serie 21. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber contrahecho, a sabiendas y en perjuicios de tercero, o con intención de causarlo, la libranza número 28, de folio 85, fechada el nueve de enero de mil novecientos veintiocho, en esta ciudad, dirigida a los señores Max Müller & Compañía, fingiendo la firma del señor Néstor F. Chaves B.?"

"Sí."

"Serie 22. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber contrahecho, a sabiendas y en perjuicio de tercero, o con intención de causarlo, la libranza número 30, de folio 86, fechada el doce de enero de mil novecientos veintiocho, en esta ciudad, dirigida a los señores Max Müller & Compañía, fingiendo la firma del señor Néstor F. Chaves B.?"

"Sí."

"Serie 23. El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber contrahecho, a sabiendas y en perjuicio de tercero, o con intención de causarlo, la libranza número 29, de folio 87, fechada el diez de enero de mil novecientos veintiocho, en esta ciudad, dirigida a los señores Max Müller & Compañía, fingiendo la firma del señor Néstor F. Chaves B.?"

"Sí."

"Serie 24. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber contrahecho, a sabiendas y en perjuicio de tercero, o con intención de causarlo, la libranza número 26, de folio 88, fechada el veintisiete de diciembre de mil novecientos veintisiete, en esta ciudad, dirigida a los señores Max Müller & Compañía, fingiendo la firma del señor Néstor F. Chaves B.?"

"Sí."

"Serie 25. ¿El acusado señor A. Cardenio Santacruz es responsable de haber contrahecho, a sabiendas y en perjuicio de tercero, o con intención de causarlo, la libranza número 31, de folio 89, fechada el quince de febrero de mil novecientos veintiocho, en esta ciudad, dirigida a los señores Max Müller & Compañía, fingiendo la firma del señor Néstor F. Chaves B.?"

"Sí."

Sobre el veredicto del Jurado, afirmativo respecto de veintiuna de las cuestiones propuestas, y negativo respecto de cuatro solamente, profirió sentencia el Juzgado del conocimiento, 2º Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha veinticinco de enero del corriente año, condenando al encausado, calificada su delincuencia en el menor grado, y con aplicación de las disposiciones del Código Penal, que estimó infringidas, a la pena principal de veinte años de presidio, más cinco de reclusión, y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelado el fallo para ante el Tribunal respectivo, éste lo confirmó, sin modificación alguna, por medio de sentencia de fecha veintiocho de marzo del año en curso, contra la cual interpuso, en tiempo oportuno el condenado, recurso de casación, el que fue concedido y remitido, en consecuencia, el expediente a la Corte, en donde, surtida la tramitación legal del caso, debe procederse a resolver lo pertinente, con base en el escrito de casación presentado ante el Tribunal, por el defensor del reo; pues ante este Despacho, durante el término del traslado concedido, no se presentó alegación alguna.

En el escrito en referencia se aducen como causales del recurso, la primera y la segunda de las contempladas

por el artículo 8º de la Ley 78 de 1923, comenzando el sustentante su demostración por la última, o sea que la sentencia es violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley, haciendo consistir la nulidad en el hecho de que el encausado no estuvo presente en la diligencia de sorteo llevada a cabo para reemplazado al Jurado Efraím Pabón, siendo, por lo mismo, dice, nulo todo lo actuado de ahí en adelante.

Sobre este punto observa la Corte, de acuerdo con la que en el particular expresa el señor Procurador, que "tal omisión no implica nulidad, porque el numeral 1º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, sienta como tál el hecho de no notificarse el auto en que señala día para verificar el sorteo y no la omisión apuntada, y de autos aparece que fue llenada la formalidad requerida por la disposición legal precitada, desde luégo que fue notificada la providencia aludida, no sólo al procesado sino también a su defensor, como consta en lo actuado al respecto."

Carece, pues, de fudamento la alegación acerca de la segunda causal invocada.

Cuanto a la primera causal, el recurrente dice:

"La sentencia es violatoria de la ley penal....

"En el caso debatido, sostengo que existen únicamente nueve delitos de estafa; pero propiamente dicho, ningún delito de falsificación; por consiguiente, debió de aplicarse, en su primera parte, únicamente la disposición del artículo 820, en relación con las de los artículos 821 y 822 del Código Penal; mas bajo ningún fundamento las disposiciones de los artículos 358, 360 y 366 del mismo Código."

Transcribe en seguida el recurrente algunos de los conceptos en que el Tribunal funda su fallo, y agrega:

"No toda mutación de la verdad, en un escrito cualquiera, puede tenerse como una falsedad; puede ser la alteración de la verdad en un escrito un medio para cometer una estafa, y no siempre es una falsedad punible. Esta finalidad, y ninguna otra, pone de manifiesto la intención del procesado Cardenio A. Santacruz, sino la de estafar las sumas de $ 117-08 y 196-07 pesos oro a la casa comercial Zarama y Compañía, según se dice, que ésta debía pagar a la Administración de Hacienda Nacional por derechos de introducción de mercancías, y a la casa comercial Max Müller y Compañía, la de estafarle la suma de $ 155 peso (sic) oro. De allí que para conseguir este objetivo acudiera a los artificios o engaños de presentar los recibos de folios 3 y 125, los documentos de folios 25 a 31, los telegramas de folios 10 y 143; de extender el endoso de los cheques números 5 y 45 de folios 16 y 131; actos de ejecución estos indispensables para consumar el delito de estafa, y nada más.

"El honorable Tribunal cree probado el delito de falsedad porque la alteración de la verdad se efectuó con conocimiento y voluntad, y con la intención determinada de causar daño a un tercero, por el provecho que obtuvo el procesado. Nada se ha dicho en esta consideración respecto al valor que deben tener en sí mismo (sic) los documentos para vez (sic) de dar por cumplidos todos los elementos que caracterizan los delitos de falsedad."

Examina luégo el recurrente las condiciones que, según su propio criterio, tienen intrínsecamente los documentos falsificados, para deducir que, independientemente de los perjuicios constitutivos de la estafa a Zarama y Compañía y a Max Müller y Compañía no podían, de suyo, causar otros, y cita alguna doctrina de la Corte en el particular, así como se refiere también al concepto o dictamen pericial que obra en autos, para concluír su alegación así:

"Señores Magistrados, en defecto de no ser infirmado el fallo por las causales y por las pruebas aducidas a ellas, interpongo el recurso respecto a los cuatro delitos de uso de los documentos falsificados, por la primera de las causales, de la citada Ley 78; para cuyo fundamento me basta transcribir parte del salvamento de voto del ilustrado y competentísimo Magistrado doctor Santander:

'Es mi convencimiento, dije, que las disposiciones penales que sancionan el uso de un documento falso cuando este acto se lleva a efecto a sabiendas de la falsedad, son aplicables únicamente a la persona distinta del falsificador que tal uso consuma, disposiciones muy puestas en razón para dichos casos, ya que tal acto constituye un hecho de manifiestos caracteres criminales; mas cuando el propio acto es consumado por el mismo que efectuó la falsificación del documneto, no se ve en esa ejecución la perpetración de un delito distinto, sino la realización del dolo y de los fines previstos por la disposición penal respectiva, como constitutivos del hecho criminoso, el cual si bien se consuma desde el momento en que se contrahace un documento con el propósito de perjudicar a un tercero, como así lo reconoce el artículo 366 del Código Penal; puede efectuarse en sus fines, sin que ello entrañe la perpetración de un nuevo delito.

'En efecto, el delito con toda relación se distingue y se individualiza por su objeto, el cual es en aquéllos el derecho violado. Por consiguiente, en una sucesión compleja de hechos, habrá tantos delitos cuantas son las violaciones de derechos.

'El objeto en los delitos de falsedad es la violación de la fe pública; pues el que falsifica se propone un engaño, que es al propio tiempo el fin del delito.

'Ahora bien: como en el proceso del que falsifica y usa del documento, no se advierte sino la violación de un derecho, esto es, un engaño, o sea una infracción a la fe pública, es claro que los actos consumados por el falsificador que usa, no constituyen sino un solo delito, porque uno solo es el objeto, o sea el derecho violado.

'Al usarse un documento falso puede, eso sí, cometerse un delito de estafa, si con ello se efectúa perjuicio para un tercero; pues entonces se viola, además, el derecho de propiedad de ese tercero, con lo cual se individualiza un delito distinto de aquél, y así lo reconoce y distingue el artículo 820 del Código Penal.'

"Por las razones expuestas por el competentísimo Magistrado, se demuestra que no existe fundamento alguno para aplicarle a un delincuente el artículo 360 del Código Penal, cuando él mismo es quien falsifica y usa del documento. Sin esa finalidad, el elemento a sabiendas vendría a ser un absurdo en este caso, y sin esta conclusión, de que no hay delito de uso, se vendría a penar dos veces el mismo delito. Con lo cual se demuestra que se ha violado la ley penal por mala interpretación de ella."

Respecto de las apreciaciones del recurrente, que se han transcrito, se considera:

Es cierto que no toda mutación de la verdad en cualesquiera escritos puede tenerse como falsedad. Pero no es menos cierto que en el caso de que se trata, la mutación de la verdad llevada a cabo por el sentenciado A. Cardenio Santacruz en los recibos y telegramas de que se valió para obtener determinadas sumas de dinero, es decir, aquellos a que hacen referencia las respectivas cuestio-

nes o series atrás reproducidas, y que fueron contestadas afirmativamente por el Jurado, sí constituyen delito de falsedad.

En efecto: estudiados todos esos recibos y telegramas a que se refieren las correspondientes series (números 2, 4, 10, 11, 13 y 14), se viene en conocimiento de que tales telegramas y recibos reúnen los requisitos suficientes para ser tenidos como falsos y como constitutivos del delito por que fue llamado a responder en juicio el acusado: existe en ellos realmente, y sin lugar a duda, alguna mutación de la verdad, porque se consignó allí un hecho como emanado de una autoridad administrativa, cuando es evidente e inobjetable, que se hacía sin ningún conocimiento de ésta; se empleó para hacer viable y creíble este objetivo el correspondiente sello de una oficina pública, y se fingió, más o menos acertadamente, la firma del empleado público que, llegado el caso, debía autorizar tales documentos. No importa, en relación con este último punto, o sea la manera como la firma se fingiera, que ésta no se hubiera imitado con perfección, sino que basta que se hubiese contrahecho o aparentado poner en alguna forma de imitación, en el sitio donde debiera estar la verdadera y auténtica, para que exista la falsedad en esos documentos oficiales.

Pero tanto el juzgador de primera como de segunda instancia han considerado la falsificación de esos escritos, con los cuales se obtuvo la entrega, por parte de la Casa Zarama y Compañía, de determinada cantidad de dinero, como delitos distintos, constituídos por cada telegrama y recibo. En ese concepto se le dedujeron, en el correspondiente auto de proceder, seis delitos de falsedad en documentos oficiales y públicos, y así se propusieron al Jurado en las cuestiones aludidas, que fueron contestadas afirmativamente. Pero es el caso que examinando y analizando la circunstancia en que el hecho o hechos fueron realizados, y la manera como se desarrollaron, se viene en conocimiento de que se trata no de acciones delictuosas distintas, sino de una acción delictuosa continuada.

En efecto, la falsificación documentaria constituye delito continuado cuando se alteran o contrahacen diversos documentos con la misma intención delictuosa, pues aunque en apariencia se vea que hay varios delitos llevados a término por un solo sujeto, realmente la homogeneidad de ellos puede hacer que constituyan un mero hecho punible. En este sentido, tratadistas como Pessina se expresan así:

"El **delito continuado** es una repetición de actos criminosos, constitutivos de delito y distintos entre sí, pero unidos en una sola conciencia delincuente, porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso...."

Y Mittemaier manifiesta:

"La **continuación** de un delito presupone una pluralidad de actos que se han cometido en tiempos diversos; pero que atendida la especie de determinación de la voluntad que está en el fondo de los mismos, forman un todo jurídico, de tal modo, que únicamente puede admitirse un solo delito. El reconocimiento de un delito continuado no depende ni de que los varios actos se cometan contra la misma persona o con relación a la misma cosa, ni de que se hallen en una relación causal, ya sea de medio a fin, ya de causa a efecto, ni mucho menos de que alguno realice un propósito común dirigido a un fin dado, ni, por último, de que las varias acciones se practiquen en virtud de una determinada condición. El verdadero criterio del delito continuado, sólo puede hallarse en la unidad del propósito y del hecho, de tal modo que las varias acciones punibles aparezcan como ejecución de un solo hecho, y a la vez como manifestación de la unidad del propósito."

Aplicando los principios jurídicos transcritos a la falsificación de los telegramas y recibos llevada a término por A. Cardenio Santacruz, se deduce con absoluta claridad y con evidente fundamento, que lo realizado por él en este particular, constituye un delito continuado, porque los diversos actos por él ejecutados para hacerse, por medio de tales documentos, a la suma de doscientos treinta y cuatro pesos con treinta y siete centavos, estuvieron informados por un solo propósito criminoso, unidos en una sola conciencia delincuente, o sea el obtener la referida suma. En ese caso, los hechos en cuestión, así apreciados, deben comportar la pena correspondiente a un solo delito y no a delitos distintos, como hicieron los juzgadores de instancia. En este sentido debe, pues, reformarse de conformidad la sentencia recurrida.

Idénticas consideraciones que las precedentes, pueden hacerse y aplicarse, con mayor fundamento si cabe, en relación con las series últimas propuestas al Jurado, o sea las marcadas con los números 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de los respectivos cuestionarios; pues tratándose, como se trata allí, de documentos privados, y vista la manera como se llevó a cabo la falsificación allí consignada y el claro propósito del acusado en esa materia, es obvio que el delito continuado surge en ese punto con más nítido relieve, y la doctrina expuesta se acomoda a las libranzas con las cuales se obtuvo de Max Müller y Compañía la suma de ciento cincuenta y cinco pesos moneda corriente, de una manera más exacta, precisa y concluyente. Debe, pues, también por este aspecto, y en cuanto a tales libranzas se refiere, considerándolas como un solo delito—delito continuado,—reformarse la sentencia objeto del recurso.

Otra es la consideración que debe hacerse en lo tocante al contenido de las series 6ª y 17 propuestas al Jurado, es decir, al hecho delictuoso que ellas contemplan, según la apreciación del Juzgado y del Tribunal, relativa a la suplantación del endoso de los cheques números 6 y 45, de las fechas en ellos mismos expresadas, pues tales endosos sí no fueron otra cosa que medio artificioso inmediato para obtener el pago de los cheques cuya entrega constituyó, por sí misma, la consumación de la estafa, sin que se pueda asegurar de modo categórico y general que tales endosos tuvieran todas las características de una entidad delictuosa distinta.

Y evidentemente, supóngase que en vez de los cheques en cuestión se le hubiera entregado a Santacruz dinero en efectivo, y se verá cómo desaparece el delito que se ha querido hacer estribar en la suplantación de los correspondientes endosos. Así, pues, el sólo hecho de haber obtenido los cheques por medio de los telegramas y recibos falsificados, constituyó la consumación de la estafa, no siendo la etapa final de los endosos sino un mero artificio para hacerse a las sumas que virtualmente ya se hallaban en poder del acusado. En cuanto a esto debe, por consiguiente, absolverse al sentenciado, por no existir, propiamente hablando, delito distinto de la realización de tales hechos.

Respecto del uso de documento falsificado, de que hablan las series 3ª, 5ª y 7ª, propuestas por los Jueces de conciencia, debe observarse, sin que sea menester entrar en

largas disertaciones, pero dentro de un concepto jurídico, equitativo y exacto que, en un caso como el presente y dentro del desarrollo de los hechos presentados en los cuestionarios, la falsedad y el uso del documento falso se confunden, no formando, por tanto, delitos distintos, por ser una misma la persona que ha realizado esos actos. Tal es el sentido de la ley en este particular. De modo que, en cuanto a este punto se refiere, comparte la Sala, en parte, los razonamientos del Magistrado que salvó su voto en el fallo del Tribunal, y que han sido transcritos por el recurrente en su alegato. En tal virtud, y no considerándose que existan separadamente como cometidos por el sentenciado delitos de esta clase, debe absolvérsele de conformidad con la consecuencia deducida.

Quieren decir las consideraciones que anteceden, que si en los respectivos autos de proceder se dio existencia legal a delitos que no reunían las circunstancias de tales o que no fueron apreciados en debida forma dentro de los caracteres que en realidad presentaban, y de esa manera se lo propusieron al Jurado en diversas series o cuestionarios, no hubo, o mejor aún, no se incurrió, desde un punto de visto estrictamente jurídico, en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, como lo estima el señor Procurador, sino que tan sólo se ha violado la ley penal, al considerar de aquella manera los hechos que no tenían las características con que se les quiso revestir. Así lo ha resuelto la Corte en otras ocasiones, como puede verse en la sentencia de casación, de fecha veintiséis de agosto de mil novecientos veintiséis, en el negocio procedente del Tribunal Superior de Bogotá, contra Bernardo Vargas y Pablo Emilio Sarmiento, por falsedad y estafa.

Al dictarse el fallo que debe reemplazar el de instancia, se conservará la calificación de la delincuencia del acusado en el menor grado, por no existir circunstancias agravantes comprobadas que impongan otra calificación, y sí favorecerle, en cambio, varias atenuantes tales como su buena conducta anterior, ser el primer delito por que se le condena, etc.

En armonía con las anteriores conclusiones, el reo debe sufrir las siguientes penas: cuatro años por la violación del artículo 358 del Código Penal (delito continuado de falsedad de documentos públicos, pena de presidio); dos años de la misma pena por la violación (delito continuado de falsedad en documentos privados) del artículo 366 del mismo Código, y un mes igualmente de la propia pena —haciendo la conversión—por violación del artículo 820 del Código Penal, en relación con el 822 de la misma obra. Además, se le condenará a las accesorias correspondientes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia materia del recurso, y en su lugar resuelve:

1º Condénase a A. Cardenio Santacruz a la pena principal de seis años y un mes de presidio que debe cumplir en el lugar que determine el Gobierno, descontándosele el tiempo que lleva de detención preventiva.

2º Condénasele igualmente a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión procedente del Tesoro Nacional, a la privación perpetua de los derechos políticos, a quedar inhabilitado perpetuamente para obtener empleo, comisión o cargo público, con manejo de caudales o fondos, al pago de una multa igual al valor de lo estafado y al pago de las costas procesales; y

3º Absuélvesele por los delitos de que tratan las series 6ª y 17 y 3ª, 5ª y 7ª propuestas al Jurado, o sea, respectivamente, suplantación de endosos de cheques y uso de documento falsificado, por que se le enjuició.

Queda en los términos anteriores reformado el fallo recurrido.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

En el auto de fecha treinta y uno de julio de mil novecientos veintinueve, que abrió la presente causa por homicidio contra Rafael Carrillo, el señor Juez Superior de Cúcuta hace la siguiente narración:

"El homicidio cometido por Rafael Carrillo en la persona de Marcos Sandoval, según la testigo presencial y hábil Nieves Ramírez, sucedió así:

"El treinta y uno de enero de mil novecientos veintiséis, como a las tres de la tarde, iba la Ramírez acompañada de su hija menor llamada Ramona, para su casa de habitación, en el Corregimiento de La Laguna. Primero les dio alcance Sandoval, quien andaba solo, hacia disparos al aire, y se les adelantó. Luégo, como a los cinco minutos, pasó por cerca de ellas Rafael Carrillo, revólver en mano y en carrera. Este sujeto, como una cuadra adelante de donde a la sazón iban las dos mujeres, le hizo un disparo a Sandoval, ya para alcanzarlo, como a cinco varas de distancia. Sandoval cayó en tierra dando botes, a consecuencia de la agresión de que era objeto. Carrillo pretendió huir, pero en seguida regresó a donde estaba su víctima, le dio de puntapiés, y le expropió el cuchillo y el revólver. Quiso, además, herir a Sandoval con el arma cortante, pero se lo impidió Concepción García, su prima hermana, quien no logró desarmarlo. En el mismo lugar donde fue ultimado Sandoval, después de amenazar a la testigo, se expresó en esta forma:

'El que sea hombre que se atreva a ponerme preso.'

"Después, en casa de Domingo Rodríguez, porque éste le increpó su acción, dijo:

'Lo único que les encargo es que si alguno pregunta quién mató a Sandoval, no digan que fui yo, digan que no saben.'

"Esa es la síntesis de la relación hecha por la Ramírez. Y debe creérsele, porque no hay duda acerca de su presencia en el teatro del crimen. Porque no fue posible al sindicado probar la malquerencia que dijo le profesaba dicha mujer. Porque no queda duda de que el disparo fue por la espalda. Porque varias personas vieron al sindicado y su víctima como los describió la testigo, pero todos negaron unánimente la presencia de los tres sujetos de que habla Carrillo en su instructiva. Porque Isidro Carrillo, a más de no ser visto donde pretende colocarlo aquél, es bien desconocido en el vecindario de La Laguna. (Francisco Ibarra y Luis D. Rodríguez dicen apenas que

lo oyeron nombrar; Rufino Lindarte es el único que dice conocerlo). Porque Concepción García, prima hermana, como se sabe, del sindicado, declara que éste tenía una cuchilla en la mano, empuñada, y que intentó quitársela infructuosamente, temerosa de que con ella atacara a Sandoval, que estaba en el suelo. Porque, en fin, la niñita hija de Nieves Ramírez, Francisco Silva y Manuel Cárdenas vieron cuando el sindicado le dio puntapiés a la víctima, ya rendida, agónica e indefensa. Luego la declaración de la precitada Ramírez sirve de base para un enjuiciamiento, porque emana de persona imparcial y digna de fe y está respaldada casi en su totalidad por indicios vehementes y testimonios sin tacha."

El Jurado profirió su veredicto así:

"¿El acusado Rafael Carrillo es responsable, sí o nó, de haber producido la muerte a Marcos Sandoval, a consecuencia de un disparo de revólver con que lo hirió por la espalda, como a las tres de la tarde del treinta y uno de enero de mil novecientos veintiséis, cerca del caserío de La Laguna, en el Municipio de Salazar, y en su ejecución procedió Carrillo voluntariamente y con premeditación?"

"Sí."

"¿El acusado Rafael Carrillo cometió el hecho mencionado en la anterior cuestión, mediante alguna o algunas circunstancias o parte de ellas: con alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo a la víctima indefensa o desapercibida, o valiéndose de algotro (sic) medio para cometer el delito con seguridad?"

"Sí, a traición."

Con esta base el Juzgado Superior profirió sentencia el veintiocho de noviembre del mismo año de mil novecientos veintinueve, donde condena al procesado a la pena de veinte años de presidio, y sus accesorias, por asesinato perpetrado en Marcos Sandoval, con aplicación de los artículos 586 del Código Penal y B del Acto Legislativo número 3 de 1910, fallo que el Tribunal Superior confirmó el once de abril del corriente año, en virtud de la apelación interpuesta por el sentenciado.

La sentencia de segunda instancia es materia del recurso de casación, que el defensor introdujo oportunamente sobre la base de las causales 1ª y 3ª, enumeradas por el artículo 3º, Ley 78 de 1923; y como la demanda es admisible para estudio de fondo, es procedente hacerlo por cuanto está surtida la tramitación previa que al caso corresponde.

La causal 1ª viene expuesta y sustentada como consecuencia de los motivos en que la demanda apoya la causal 3ª, de tal suerte que lógicamente el estudio debe principiarse por esta última, tal como lo hace el autor de aquel escrito, quien sostiene al respecto no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el enjuiciamiento, y dice:

"El auto de proceder no contiene la determinación clara y precisa de las circunstancias de **homicidio premeditado** y las de **asesinato**, y al formular el Juez las cuestiones que debía proponer al **Tribunal de hecho**, incluyó indebidamente tales circunstancias, quebrantando así el precepto del artículo 47 de la Ley 169 de 1896, conforme al cual las cuestiones que debe contestar el Jurado de calificación se propondrán **conforme al auto de proceder**, disposición que armoniza con la del artículo 1716 del Código Judicial, también violada, que consagra el principio de derecho, universalmente aceptado, de que **'la sentencia no puede recaer sino sobre los cargos por que se ha llamado a juicio.'**

"Al declararse con lugar a seguimiento, es deber del Juez formular todos los cargos comprobados en el sumario contra el sindicado, señalando así los puntos concretos que en su oportunidad legal deben incluírse en el cuestionario como base del juicio, del veredicto y de la sentencia.

"Notorio es que en el **homicidio voluntario** la circunstancia **premeditación**, que lo eleva a la categoría de **homicidio premeditado**, debe aparecer demostrada, o al menos no desvanecida, y como ella tiene el carácter de cualitativa o intrínseca de ese delito, precisa que el Juez declare al dictar el auto de proceder, de modo expreso y preciso, que el hecho se ha cometido con tales o cuales circunstancias, sin concretarse a consignar conceptos ambiguos y dubitativos, de que más tarde quieran deducirse 'supuestas declaraciones implícitas' como expresivas de hechos concretos y bien determinados.

"En el auto de proceder dictado contra Carrillo, que sirve de base al juicio, no se expresaron las circunstancias de **premeditación** y de **asesinato**, y por lo mismo, no han debido incluírse en las cuestiones como cargos contra el acusado.

"Ese auto sólo contiene al respecto lo siguiente:

'De suerte que con apoyo en la absoluta carencia de un motivo coetáneo; en la persecución de que Carrillo hizo objeto a Sandoval; en el ataque por la espalda; y en el artículo 585 del Código Penal, se declara que el ilícito atribuído al primero, debe elevarse a la categoría de asesinato.'

"¿Podría sostenerse jurídicamente que en los anteriores conceptos se determinó y se imputó de modo claro y nítido que el homicidio era **premeditado y que habían concurrido las circunstancias de asesinato**, que fueron objeto de la segunda cuestión propuesta?

"Podría sostenerse quizá que el Juez, al citar el artículo 585 del Código Penal, declaró que el homicidio imputado tenía el carácter de premeditado, aun cuando es contrario a los cánones del juicio criminal determinar especialmente en el enjuiciamiento la disposición penal infringida, porque esto pugna con el artículo 345 de la Ley 105 de 1890, debiendo el Juez reducir su labor a exponer hechos y analizarlos por medio de la crítica legal de las pruebas; pero nunca podrá decirse que esa pieza determinó las circunstancias intrínsecas del asesinato que contiene la segunda cuestión."

En seguida la demanda transcribe el cuestinario sometido a los Jueces de hecho y las respuestas que éstos dieron, hace un extracto del artículo 79 de la Ley 100 de 1892, y continúa así:

"Pero para determinar los hechos que constituyen las circunstancias de asesinato, fuerza es que en el enjuiciamiento se hayan determinado también, como que con arreglo al artículo 47 de la Ley 169 de 1896, las cuestiones para el Jurado se formularán, no caprichosamente, sino **conforme al auto de proceder**; regla ésta que se debe aplicar tanto a las preguntas principales como a las accesorias, a fin de que en ningún caso se caiga en el grave error de juzgar y penar a un procesado por hechos no imputados."

Transcrito lo principal de la demanda en relación a la causal 3ª de que se trata, para resolver se considera:

Como queda dicho atrás, el auto de proceder lo dictó el señor Juez Superior de Cúcuta, con fecha treinta y uno de julio de mil novecientos veintinueve, y allí, a los folios 66 y 67 del cuaderno 1º, puede leerse:

"Respecto a antecedentes entre el occiso y el sindicado, tiénese solamente el dicho de Jesús Ortiz, como un simple dato sin fundamento. Sin embargo, mal podría decirse que el delito en la forma en que aparece, fue meramente ocasional. Nó. Tiene hondas raíces mucho más graves, si se considera la falta absoluta de móviles, siquiera aparentes, que indujeran a su perpetración.

"De suerte que, con apoyo en la absoluta carencia de un motivo coetáneo; en la persecución de que Carrillo hizo objeto a Sandoval; en el ataque por la espalda; y en el artículo 585 del Código Penal, se declara que el ilícito atribuído al primero debe elevarse a la categoría de asesinato."

Estos apartes, que van en seguida de la narración de los hechos sobre la base de las pruebas del informativo, tal como queda transcrito en el encabezamiento de esta providencia, constituyen, junto con esa misma narración, lo esencial de la parte motiva del enjuiciamiento, en lo que toca a la cuestión propuesta en la demanda.

Se trata de saber si en esa parte motiva se formuló o nó al acusado el cargo de asesinato perpetrado en la persona de Marcos Sandoval, que fue base de la sentencia condenatoria. Y concretando así el problema, resulta indudable que si el cargo, según los propios términos de que se valió el Juez, "debe elevarse a la categoría de asesinato," en atención a "la carencia absoluta de un motivo coetáneo," a "la persecución de que Carrillo hizo objeto a Sandoval" y a lo dispuesto por el artículo 585 del Código Penal, la imputación se hizo por asesinato y no por delito alguno especificamente distinto de éste.

Bien debió saber el acusado desde que tuvo conocimiento del auto de proceder, que se le llamaba a juicio por asesinato, pues así lo dice claramente esa providencia; y bien supo o debió saber desde entonces que la defensa debía encaminarse a desvirtuar tal cargo. Y el Juez estuvo en el deber, como lo hizo, de formular al Jurado los interrogatorios correspondientes al cargo de asesinato, conforme al auto de proceder, donde se le formuló en la parte motiva, valiéndose de esa denominación especifica.

Ni se diga que fue deficiente el enunciado de las premisas que tuvo en cuenta el Juez, para concluír que se trataba de aquel grave delito; pues el hecho de haber citado el artículo que establece la presunción de homicidio premeditado—por más anticientífica que se la considere—está demostrando que se le formuló el cargo de premeditación de que se viene hablando, máxime cuando la circunstancia anotada en el auto de proceder, de que los hechos no se verificaron en forma "meramente ocasional," y la citación de aquel artículo, están excluyendo la hipótesis que contempla la ley como casos de homicidio simplemente voluntario. Y el ataque por la espalda, que tuvo en cuenta la misma providencia enjuiciatoria, da razón de que el disparo fue hecho a traición, circunstancia de asesinato que, posteriormente, el Jurado declaró en su veredicto.

Así, pues, desde la notificación del auto de proceder, estuvo abierto el campo a la defensa durante todo el juicio, para demostrar que el homicidio no revistió la gravedad con que fue imputado al abrirse la causa; y los Jueces de hecho, si en conciencia lo hubieran encontrado así, habrían podido, según su amplia facultad, reducir la responsabilidad del acusado a los límites que estimaran justos, de acuerdo con su íntima convicción.

No está por demás advertir que el recurrente no presentó alegación alguna en relación con los fundamentos, alcance y oportunidad de aplicar la presunción a que se refiere el artículo 585 del Código Penal, y sobre lo cual, por lo mismo, no entra a hacer estudio la Corte; pues como se ha dicho y se repite, el ataque del recurrente en la demanda se refirió de manera exclusiva a que en el auto de proceder no se había hecho el cargo de homicidio con carácter de premeditación y circunstancias de asesinato.

De lo que queda dicho se deduce que no se juzgó y condenó a Carrillo por hechos que no le fueran imputados en el auto de proceder, como lo sostiene la demanda; y por consiguiente, no es justificada la causal que se alega.

Sobre esta misma base de que a Carrillo no se le formuló en el enjuiciamento el cargo específico de asesinato, sustenta el recurrente la causal 1ª de casación, alegando que no sólo se violaron los artículos 47 de la Ley 169 de 1896 y 1716 del Código Judicial, sino que también se les dio mala inteligencia y aplicación a los artículos 584, 585, 586 y 598 del Código Penal y B del Acto Legislativo número 3 de 1910, puesto que, dice, era el caso de aplicar el artículo 600 del Código Penal, o a lo sumo el 585 ibídem, admitiendo el recurrente que en el auto de proceder se imputara un homicidio premeditado.

Pero si, como queda transcrito, el veredicto afirma la existencia de la responsabilidad del acusado por hechos que la ley eleva a la categoría de asesinato, es indudable que la pena estuvo bien aplicada en la sentencia, sobre la base del fallo condenatorio de los Jueces de hecho, que excluye del todo el homicidio simplemente voluntario alegado en la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, que ha sido materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado de calificación reunido para decidir sobre la responsabilidad de Teodoro Montiel, llamado a juicio por el delito de homicidio en la persona de Antenor Benítez, le fue sometido por el señor Juez 2º Superior de Cartagena, el siguiente cuestionario:

Cuestión 1ª "¿El acusado Teodoro Montiel es responsable de haberle dado muerte voluntariamente y con pre-

meditación al señor Antenor Benítez, por medio de una herida que le infirió con arma de fuego (revólver), hecho que tuvo lugar en el Corregimiento de Providencia, perteneciente al Municipio de Sahagún, de este Distrito Judicial, en la noche del día treinta de junio de mil novecientos veintiocho?'

Cuestión 2ª "¿El acusado Teodoro Montiel ha cometido el hecho que se menciona en la cuestión principal con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con alevosía o a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada o desapercibida a la víctima, y hallándose ésta indefensa?"

A la primera cuestión contestó el Jurado de manera sencillamente afirmativa.

La segunda, la absolvió así:

"Sí, sin alevosía ni traición."

Sobre estas respuestas dijo el Juzgado del conocimiento, al dictar su sentencia de fecha dos de octubre del año próximo pasado:

. . . . . .

"3ª El reo Montiel se halla bajo la sanción del artículo 595 del Código Penal, como pasa a demostrarse:

"Por el primer veredicto que recayó al cuestionario, en que se preguntó al Jurado si el referido Montiel era responsable de haber dado muerte voluntariamente y con premeditación al señor Antenor Benítez, se halla que sí hubo voluntad y premeditación en el acto ejecutado por el aludido Montiel.

"Conforme al otro veredicto que recayó al segundo cuestionario, que sobre el mismo Montiel se sometió al Jurado aludido, se halla que el reo cometió el delito sin alevosía ni traición, quedando así contra él pendientes las circunstancias de haber procedido sobreseguro, sorprendiendo descuidada o desapercibida a la víctima y hallándose ésta indefensa; pero sucede que según el ordinal 3º del artículo 586 del Código Penal, una vez destruídos por el Tribunal de conciencia los elementos **alevosía** y **traición,** no tiene razón de ser el elemento **sobreseguro** siguiente a los otros dos, por cuanto no exisitiendo éstos, como no existen, conforme a la declaratoria del Jurado, no puede existir el otro, y esto es así, porque el ordinal referido empieza con la preposición **con,** suprimida la cual, el vocablo **sobreseguro** quedaría sin régimen gramatical y sin sentido jurídico alguno; y

"4ª Forzosamente debe colegirse, por lo expuesto en la anterior consideración, que en el hecho ejecutado por Montiel no cabe ninguna circunstancia de asesinato, por la carencia de los ya nombrados elementos **alevosía, traición y sobreseguro,** carencia que destruye los otros elementos enumerados en el referido numeral 3º del artículo 586 del Código Penal.

"Ante las consideraciones o premisas que vienen estimadas, resulta que el homicidio ejecutado por el reo Montiel es el que define el ya mencionado artículo 595 del Código Penal, ibídem, esto es, homicidio premeditado."

En consecuencia, el Juzgado condenó a Montiel, en el fallo aludido, después de calificar la delincuencia en el menor grado, a la pena principal de doce años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Como la sentencia subiera al respectivo Tribunal Superior en grado de consulta, esta entidad, al proceder a revisarla, en providencia de fecha veinticinco de junio de mil novecientos treinta, la reformó en el sentido de condenar al procesado, con aplicación del inciso **B** transitorio, del Acto legislativo número 3 de 1910, en relación con el artículo 3º de la Ley 54 de 1913, a la pena fija de veinte años de presidio y a las accesorias consiguientes, fundándose para ello, además de algunas declaraciones en que apoya los antecedentes y circunstancias del hecho delictuoso contemplado, en los siguientes conceptos relativos a la segunda cuestión:

"Lo segundo, o sea si tales circunstancias deben coexistir conjuntamente, o si basta la existencia de alguna o parte de ellas, para que el homicidio tome los caracteres que requiere la denominación de asesinato, es cuestión resuelta por el artículo 586 del Código de las Penas, aplicable al caso de autos, que en su primer aparte dice:

'El homicidio premeditado toma la denominación de asesinato, cuando los agresores lo cometen mediando en él una o más de las circunstancias siguientes:

. . . . . .

'3º Con alevosía o a traición y sobreseguro; ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada; ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en alguna riña o pelea provocada por el asesino, con ventaja conocida de parte de éste; o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad, o para quitar la defensa al acometido.'

"Los apartes del artículo que se ha transcrito son claros y precisos en sus términos, y no dan lugar a interpretaciones gramaticales que cambien el sentido que el legislador quiso asignarles, y el Poder Judicial tiene aceptado en varios casos ya resueltos, que constituyen jurisprudencia.

"La redacción misma del propio numeral 3º de que se trata, demuestra la forma disyuntiva que ha querido determinar el legislador, señalando taxativamente esas circunstancias como características del asesinato."

Adujo, aparte de lo transcrito, alguna antigua jurisprudencia de la Corte, en refuerzo de su tesis.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el sentenciado recurso de casación, alegando como causal la 1ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, por cuanto aquél hizo mala interpretación del ordinal 3º del artículo 586 del Código Penal, y por haberle inflingido al reo la pena que señala el artículo 598 en vez de la prescrita en el 595 del mismo cuerpo de leyes.

Concedido el recurso y enviado el expediente a la Corte, es el caso de proceder a resolver lo que fuere legal, terminada como está la tramitación propia de este negocio.

En el escrito en que el abogado de pobres, de Cartagena, fundamenta el recurso interpuesto por su defendido, se expresa de este modo en relación con la causal alegada:

".... Como primer motivo de violación de la disposición citada, anoto lo siguiente:

"Para el Tribunal sentenciador basta a caracterizar el asesinato cuando el homicidio premeditado se comete mediando una de las circunstancias: traición, alevosía o sobreseguro; concepto que es contrario a lo prescrito en la misma ley que exige una o más circunstancias de las determinadas en los diez casos previstos en el ordinal 3º

del artículo 586 de la Ley 19 de 1890, debiendo tomarse cada ordinal—con los elementos integrantes allí especificados—como una sola circunstancia.

"Al decir la ley que el homicidio premeditado toma la denominación de asesinato cuando los agresores lo cometen mediando en él una o más de las circunstancias, que en número de diez, enumera el precitado artículo 586 del Código Penal, quiso decir que podían figurar la primera, la segunda, la tercera, etc., de esas circunstancias, o que podían figurar combinadas; pero en ningún caso cuando no mediara una circunstancia, esto es, cuando, como en el presente caso, no se llena cumplidamente la circunstancia 3ª, sino una parte de ella; pues habiendo eliminado el Jurado la alevosía y la traición, el homicidio se ejecutó sin que mediara dicha circunstancia 3ª, y en tal evento, el asesinato no tiene carácter en los autos. En una palabra: la 3ª circunstancia requiere el lleno de todos los elementos en ella previstos, y aquí faltan la traición y la alevosía.

"Cada uno de los ordinales se refiere a una sola circunstancia, pero algunas de ellas exigen dos o tres elementos que la integran, como en nuestro caso, **la traición, la alevosía y el sobreseguro,** de tal manera que no debe considerarse existir dicha circunstancia si faltan uno o más de tales elementos.

"Sería recta la interpretación del Tribunal si la disposición comentada estuviera redactada de este o parecido modo: el homicidio premeditado toma la denominación de asesinato, cuando los transgresores lo cometen mediando en él una o más circunstancias comprendidas en los **casos** siguientes:

'1º. . . . . .

'2º. . . . . .

'Etc.'

"Pero como esta disposición está concebida de otra manera, se debe tomar tal como existe escrita, sin hacer esfuerzos para su interpretación correcta. Anoto como segundo motivo, en la transgresión de la ley penal por parte del Tribunal sentenciador, el hecho de que el fallo estima como circunstancias de las que exige la ley para caracterizar el asesinato, las frases explicativas 'ya sorprendiendo descuidada o desapercibida a la víctima' y 'hallándose ésta indefensa,' frases que no tienen otro papel que el de fijar bien el sentido o concepto de la alevosía, traición, sobreseguro. Si bien el Jurado dejó en pie el sobreseguro con esas y otras frases explicativas, no quiere decir esto que el delito se perpetró mediando todo el cúmulo de elementos que contiene la circunstancia 3ª que se estudia. Dichas frases explicativas no son las circunstancias determinantes del asesinato; son más bien elementos que desenvuelven la significación de la traición, de la alevosía, del sobreseguro.

"Lo propio puede decirse con la segunda (2ª) circunstancia que requiere previa asechanza, y la explica en las líneas siguientes, que a haberse contemplado en el asunto de Montiel, la sentencia habría tomado esas frases, también por circunstancias determinantes del asesinato.

"Consecuencialmente, habiendo habido una interpretación errada en la naturaleza específica del homicidio consumado por el procesado, fuerza es concluír que no se aplicó la disposición infringida, que lo es el artículo 595 del Código Penal, sino otra, que no corresponde, o sea el artículo 598 del libro nombrado."

Refiriéndose a los razonamientos que preceden, dice el señor Procurador que los encuentra justificados, exponiendo al respecto estas consideraciones:

".... El recurrente ha alegado la primera causal del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, fundándola en que el Tribunal interpretó mal el numeral 3º del artículo 586 del Código Penal, y en que aplicó el artículo 598 de allí en vez del 595 ibídem, que era el que correspondía aplicar. Estos fundamentos los encuentro justificados, por las razones que voy a exponer:

"El numeral 3º del artículo 586 comprende una sola circunstancia, expresada con varias palabras, que se complementan para dar la idea de ella, así como cada uno de los otros numerales de ese artículo comprende también una sola circunstancia, aunque vayan otros complementos que la expliquen. Es que la disposición citada dice que 'el homicidio premeditado toma la denominación de asesinato cuando los agresores lo cometen mediando en él una o más de las circunstancias siguientes.' Y al decir así, y enumerarlas, toma cada numeral como comprensivo de una sola circunstancia y no de un grupo de circunstancias.

"Por consiguiente, la cláusula que en los siguientes términos trae el numeral 3º: 'con alevosía, o a traición y sobreseguro,' da la idea de una sola circunstancia. Las palabras **alevosía, traición, sobreseguro,** son complementarias entre sí, y por lo mismo, no expresan cada una circunstancia distinta.

"Y ello es así, en mi concepto, porque la alevosía, insidia con que se procede para ejecutar un acto, induce traición, y ésta no puede tener lugar sin ir sobreseguro de producir el efecto usando de ella.

"Pero quiero reforzar mi concepto con algunas citas que dan base para la interpretación que dejo hecha.

"El Diccionario de la Real Academia dice:

'**Alevosía** (de alevoso). Cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo del delincuente. Es circunstancia que agrava la pena.— 2. Traición, perfidia.— **Con alevosía.** m., adv. A traición y sobreseguro.'

"Y el señor Escrich, en su Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, trae el siguiente concepto:

'**Alevosía.** La traición, infidelidad o maquinación cautelosa contra alguno. Es lo mismo alevosía que traición. La Ley 4, título 2, part. 7, que contiene los delitos de lesa majestad, concluye diciendo que todos los yerros que acaba de enumerar, se llaman propiamente de traición, cuando se cometen contra el rey o su señorío o contra el bien común de la tierra; pero ejecutados contra otros hombres se dicen de alevosía, según fuero de España. No obstante en el día lo mismo quiere decir **a traición que con alevosía,** como puede observarse en las Leyes 2, 3, 10 y 12, título 21, libro 12, Nov. Rec., en las cuales se usa indiferentemente de estas dos palabras para designar el homicidio fuera de pelea, guerra o riña.'

"En presencia de estas claras explicaciones, no hay duda de que las palabras **alevosía, traición y sobreseguro,** empleadas en el numeral 3º que se viene comentando, son perfectamente expresivas de una sola circunstancia, siendo la última más explicativa que esencial; pues en la traición y la alevosía se comprende la seguridad que el agente toma para ejecutar el hecho, seguridad que previene tanto el resultado de éste como el peligro del agente,

"Por tanto, habiéndole quitado el Jurado a la cuestión propuesta lo relativo a la alevosía y la traición, el sobreseguro quedó virtualmente quitado también en aquéllo, lo que vale decir que fue dejado sin capacidad de indicar la existencia de circunstancia ninguna de asesinato. Los casos que trae el resto de la disposición del numeral 3º, son también explicativos de los modos como se puede obrar con alevosía, o a traición y sobreseguro.

"Así, pues, el Jurado obró inteligentemente al suprimir las palabras que le suprimió a la cuestión, para destruír así la existencia de la circunstancia allí expresada. U obró erradamente al contestar 'Sí, sin alevosía ni traición,' dejando lo demás de la cuestión, porque, como queda visto, el resto de ella no da lugar a deducir la circunstancia.

"En este caso venía para el Juez un caso de interpretación de la contestación del Jurado para situar ésta dentro del espíritu de la ley. Y a fe que el Juez de instancia dio, en mi concepto, la interpretación correcta. Pero el Tribunal no obró así, e incurrió en error al deducir la existencia de circunstancia de asesinato, como lo hizo, y aplicar la disposición que tal delito castiga con la pena de veinte años de presidio.

"Y para asegurar la justicia que hay en la aplicación de otra disposición, considerando el homicidio nada más que premeditado, no sobran allí algunas consideraciones acerca de la manera como pasaron los hechos, y de acuerdo con las constancias del proceso.

"Montiel tenía disgusto con José M. Benítez, hermano éste de Antenor, el occiso. En la noche del baile en casa de la señora Alvarez, José María se hallaba allí presente, y Montiel lo había visto. Montiel, después de terminado el baile, fue a desafiar a José María, y aun hizo algunos disparos de revólver. Al abrirse la puerta luégo, y aparecer en el corredor de la casa Antenor y otros, ve Montiel que lo enfoca aquél con una lámpara o linterna. Esto debió producir en el ánimo de Montiel una impresión, que seguramente fue la de que Antenor había acudido al oír los desafíos a su hermano y los disparos, y que venía y lo buscaba con la luz de la linterna para agredirlo, y por eso disparó en seguida. Esta es una hipótesis, pero una hipótesis humanamente posible, dadas las circunstancias concurrentes.

"Además, y en relación con lo del sobreseguro, conviene tener en cuenta que, según el croquis levantado del lugar de los sucesos y que se encuentra en el expediente, la distancia desde donde Montiel disparó a donde Benítez se encontraba, es de once metros, distancia ésta que hace muy incierto el hacer blanco con una bala de revólver de pequeño calibre, y por lo mismo, no se puede ir sobreseguro en el disparo.

"Todas estas consideraciones me mueven a conceptuar que la causal de casación alegada por el recurrente está fundada, y que debéis casar la sentencia del honorable Tribunal de Cartagena. Así me permito insinuároslo."

Como se ve, los conceptos que preceden tratan con toda amplitud la cuestión debatida en esta casación, y bastan para resolver de conformidad; pero aun cuando ellos no se aceptaren por la Sala en la forma abstracta y absolutamente generalizada que allí se emplea para llegar a la conclusión a que se llega, es lo cierto que ésta encuentra apoyo no sólo desde el punto de vista de justicia estricta, conforme a las constancias de autos, sino porque en todo caso es notorio y evidente que la respuesta del Jurado a la segunda pregunta que se le formuló, entraña como una contradicción, incompatibilidad o anomalía que, en último término, se inclina a la tesis del recurrente, por cuanto que, afirmar existencia de circunstancias de acuerdo con el segundo interrogatorio presentado, para negar seguidamente las más fundamentales y que le dan cierta fisonomía especial al delito, es cosa que no se compadece en cierta manera con la claridad y nitidez que debe haber en esta materia, sobre todo tratándose de un cargo tan grave como el de asesinato. Siendo esto así, como lo es, aun por este aspecto, ante la confusión y oscuridad de esa parte del veredicto, surge una duda que, en armonía con principios generales de derecho, ciertamente ineludibles, debe resolverse en favor del sentenciado.

Al dictar el fallo que debe reemplazar el de instancia, se conservará la calificación en el menor grado, porque en realidad existen motivos que legalmente imponen tal calificación.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en consonancia con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Teodoro Montiel, por el delito por que fue llamado a responder en juicio, con intervención del Jurado y de conformidad con la interpretación del veredicto de éste, a la pena principal de doce años de presidio y a las incorporales accesorias siguientes: pérdida de todo empleo público y de toda pensión; privación perpetua de los derechos políticos y al pago de las costas procesales.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El diez y ocho de diciembre del año próximo pasado, el Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dio aviso al Fiscal 2º de esa entidad para que se iniciara la investigación respectiva contra el doctor Alejandro González García, por haber abandonado el cargo de Juez de Menores, que desempeñaba y desempeña en la actualidad. Adelantada esa investigación, se acreditaron plenamente los siguientes hechos:

Desde el mes de noviembre anterior, el doctor González García comenzó a preparar viaje para el Exterior; con tal fin obtuvo del Presidente de la República y del Ministro de Gobierno que se expidiera el Decreto número 1861, de fecha catorce de ese mismo mes, por el cual se le comisionó "para que en su próximo viaje a Europa visitara los principales reformatorios de menores de Francia, Bélgica y España"; al mismo tiempo obtuvo que por el Ministerio de Relaciones Exteriores se le entregara una comunicación dirigida a los señores Ministros Diplomáticos y Cónsules de Colombia en Europa, la cual lleva fecha noviembre veinticinco, con el fin de que se le prestaran "todas las facilidades posibles en la esfera de sus funcio-

nes," para que pudiera llevar a cabo la visita de que trata el Decreto ya mencionado. Tanto éste como la comunicación a que se hace referencia, figuran en el expediente, a folios 30 y 31.

De suerte que la intención de dirigirse al Exterior, por parte del doctor González García, aparece claramente establecida por medio de los documentos escritos de que se ha hecho mención, cuyo alcance y significación son muy precisos.

Llevado por ese objetivo, el doctor González García no volvió al Juzgado desde el día dos de diciembre siguiente, sin que hubiera solicitado licencia para separarse del cargo; pues fue su propósito el de realizar ese viaje sin permitir que fuera reemplazado en el Juzgado por el respectivo suplente, o por lo menos pretendió aprovechar el mayor tiempo posible sin que se le fuera a reemplazar, con el fin, ello es obvio, de aprovecharse de los derechos inherentes a ese empleo.

Lo anterior aparece corroborado no sólo por los documentos de que ya se ha hecho mérito sino, además, con las siguientes pruebas:

Los empleados subalternos del Juzgado de Menores, señores Roberto Luzardo, Efraím Rubio y Eliseo Bernal M., dan cuenta que el doctor González García no volvió al Juzgado desde el día dos de diciembre, y que sólo volvió a él hasta la fecha en que nuevamente vino a encargarse, o sea en marzo del presente año.

El doctor González García, desde el mes de noviembre mencionado, entregó al Prefecto de Bogotá una comunicación en la cual le solicitaba licencia para separarse del cargo de Juez de Menores, por el término de noventa días renunciables, pero sólo a partir del primero de febrero del año siguiente, o sea del presente. Esa licencia, y lo que al respecto informa el Prefecto de Bogotá, figuran en el expediente a folios 8 vuelto, 9, 10 y 11.

Es, pues, un hecho incontrovertible que el motivo para que el doctor González García no volviera al Juzgado desde el día dos de diciembre, fue la realización de su viaje al Exterior.

Y si todo lo que se ha dejado analizado no fuere suficiente para comprobar esta afirmación, el texto de la misma licencia que el doctor González entregó al Prefecto, y de que se ha hablado, no deja la menor duda sobre este particular. Es conveniente reproducir textualmente esa nota, para que se pueda apreciar lo que en relación con ella se acaba de expresar:

".... Muy respetuosamente solicito de usted se sirva concederme, a partir del próximo primero de febrero de mil novecientos treinta, licencia de noventa (90) días renunciables, para separarme del cargo de Juez de Menores de este Distrito Judicial.

"En consecuencia, pido a usted que en la fecha oportuna se llame al primer suplente, señor doctor Gustavo Montero, o en su defecto al segundo, señor don Roberto Luzardo F.

"Hago esta solicitud que usted la considerará en la debida oportunidad porque deseo aprovechar las próximas vacaciones del Poder Judicial, a que tengo derecho, de acuerdo con la ley, para visitar detenidamente algunas Casas de menores y Escuelas de trabajo, por comisión que me acaba de dar el Gobierno Nacional, en el Decreto de fecha catorce de noviembre, siendo muy posible que pueda regresar en la oportunidad debida, razón por la cual me reservo el derecho de renunciar la licencia en su totalidad o en parte.

"Sírvase resolver de conformidad en tiempo oportuno, para lo cual, de acuerdo con lo que hemos hablado en la mañana de hoy, daré el aviso correspondiente, a fin de que se considere esta licencia.

"Señor Prefecto, respetuosamente,

"Alejandro González García

"Noviembre de mil novecientos veintinueve."

El propósito del doctor González García era, pues, visitar detenidamente algunas Casas de menores y Escuelas de trabajo por comisión que le daba el Gobierno Nacional, es decir, en el Exterior; sólo que no se contentaba para ello con el término de las vacaciones judiciales, sino que se separó del Juzgado desde mucho antes de principiar a correr ese término, o sea diez y nueve días antes, y pensaba, al vencerse los asuetos, prorrogarlos hasta el treinta y uno de enero; de ahí que sólo pidiera licencia a partir del primero de febrero de este año.

Si ya en el curso de la investigación alegó que visitó a su paso por la Costa algunos menores que habían pasado por su Juzgado, y los cuales habían sido llevados para esa región, tal cosa tuvo un carácter incidental y accesorio, porque con esa circunstancia, o sin ella, el doctor González habría realizado siempre su propósito, como en efecto lo realizó. De suerte que aun aceptando la plena comprobación de que el doctor González a su paso por la Costa, hubiera visitado los menores a que él se refiere, esa circunstancia en nada desvirtúa el abandono que él hizo de sus funciones como Juez, para dirigirse al Exterior, pretendiendo aun desde este lugar seguir actuando como tál, de lo que no hace un misterio, según se deduce de sus distintas exposiciones. De ahí que no fuera aceptada la opinión del señor Magistrado doctor Trujillo Arroyo, en el sentido de ordenar una ampliación, con el fin de obtener esa plena comprobación, por no estimarse necesaria ni útil, ya porque, aun obtenida, en nada varía el aspecto jurídico del asunto, ya porque se trata de diligencias que no harían sino demorar aún más la calificación del sumario, que lleva ya casi un año de iniciado, con perjuicio de la oportuna administración de justicia. Apareciendo en el sumario, dice el artículo 25 de la Ley 104 de 1922, "la comprobación del cuerpo del delito y de la responsabilidad de él, por las pruebas que señala la ley, el Juez dictará el correspondiente auto de proceder sin dar lugar a más ampliaciones, las que podrán verificarse en el término de prueba."

Y se dice que esa plena comprobación es innecesaria para la calificación del sumario, porque, como se ha visto, la razón principal que tuvo el doctor González García para no volver al Juzgado desde el dos de diciembre mencionado, fue su viaje al Exterior, ya porque aun desconociendo arbitrariamente tal situación, establecida con pruebas que, por lo preconstituídas, adquieren un notable valor, de acuerdo con la Ley 98 de 1920, que reglamenta la jurisdicción de las funciones del Juzgado de Menores, el territorio de éstos no puede extenderse en ningún caso a toda la República. Esa Ley es muy clara sobre el particular. En armonía con el artículo 32, sólo las disposiciones contenidas en su sección 3ª son "aplicables en todo el territorio de la República," y entre esas disposiciones no figura la facultad para el Juez de Menores de trasladarse a cualquier punto de ella, con el fin

de ejercitar sus funciones. De suerte que cuando el artículo 21 dice que el Juez visitará mensualmente a los menores que se encuentren fuera de la capital, y anualmente, por lo menos, a los que se encuentren fuera de la ciudad, esto último tiene que relacionarse con el territorio a donde se extiende la jurisdicción del Juez de Menores de Bogotá, o sea a lo sumo, al Departamento de Cundinamarca, por regir las disposiciones de esa Ley solamente en el Municipio de Bogotá, y también por excepción, de los delitos cometidos por los menores en el Departamento y que sean de la competencia de los Jueces Superiores.

Sería sencillamente absurdo pretender que el radio de atribuciones y jurisdicción de los Jueces de Menores pudiera extenderse a toda la República; pues semejante cosa no solamente se opone a los más elementales principios sobre jurisdicción y competencia, sino que además va en abierta pugna con la Ley mencionada y los decretos expedidos por el Gobierno en desarrollo de ella. Principalmente tratándose del Juzgado de Menores de Bogotá, el absurdo sería más palpable, si se tiene en cuenta que en esta ciudad podrían funcionar hasta varios Juzgados de esa clase, y sin embargo, serían insuficientes para atender a los distintos, numerosos y variados incidentes y problemas relacionados con la delincuencia infantil.

De ahí que la misma Ley 98 citada, considera necesario repetir que ninguno de los empleados del Juzgado podría ejercer otro cargo público, y que "cada uno de ellos está en la obligación de dedicar todo su tiempo en el estudio y resolución de los asuntos que cursan en él."

El desprecio y el ningún cuidado por el desempeño de esas tan delicadas funciones por parte del doctor García, se ponen aún más de manifiesto, si se tiene en cuenta la explicación que él da acerca de que su Secretario y el Médico del Juzgado podían reemplazarlo durante su ausencia; pues al primero sólo le corresponde una intervención muy secundaria, y el segundo interviene para dar apenas un dictamen de carácter médico, siendo en todo caso la persona del Juez, escogida de acuerdo con las condiciones que indica el artículo 4º de la mencionada Ley, o sea las mismas que para ser Juez de Circuito, y además, ser casado, padre de familia y gozar de buena reputación, a la que le corresponde "informarse detalladamente de las condiciones que rodean al menor, del ambiente de moralidad en que viva, de los medios de subsistencia, de los hábitos alcohólicos de las personas con quienes viva, etc., para dictaminar lo más conveniente para el menor, debiendo la sentencia que dicte, encaminarse a obtener el mejoramiento del menor...."

Todo lo anterior está demostrando con la mayor claridad que el doctor González García, sin licencia, dejó de asistir a cumplir con deberes del cargo de Juez de Menores; que lo abandonó, ausentándose fuera del país, lo cual está definido y sancionado como delito por el artículo 526 del Código Penal.

De paso es conveniente anotar que no se trata de una simple culpa; pues según la definición que de ella da el artículo 3º del mismo Código, es la violación imputable, pero no maliciosa y voluntaria de la ley, por la cual se incurre en alguna pena. Quien, como el doctor González García, desempeñando un puesto tan importante y tan delicado como es el Juzgado de Menores, lo abandona para dirigirse al Exterior, dizque a llenar una comisión que le había confiado el Gobierno, por un tiempo relativamente largo, mal puede decirse que hubiera procedido por simple negligencia, y sin tener la capacidad suficiente para darse cuenta de que con su conducta daba lugar a grave omisión en el cumplimiento de sus deberes, violando así distintas normas legales. El hecho cometido por el doctor González García, y que se viene examinando, está previsto y definido por nuestro Código Penal como delito y no como simple culpa.

Si respecto de los simples particulares existe la presunción de que en toda violación de la ley se presume voluntad y malicia, mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario, tratándose de los empleados públicos, con mayor razón se cumple esa presunción, ya que éstos, por sus deberes especiales, no sólo responden por la infracción de la Constitución o de las leyes, sino también, como lo determina el artículo 20 de la misma Constitución, por extralimitación de funciones y por la omisión en el cumplimiento de éstas. Y es claro que esa prueba en contrario, de que trata el artículo 2º mencionado, no puede consistir únicamente en la manifestación que en cada caso haga el propio sindicado acerca de la clase de intención con que haya procedido al ejecutar su acción, sino de las pruebas o hechos exteriores reveladores o que pongan de manifiesto esa intención, pues si así no fuera, los más grandes criminales, aun los asesinos, podrían invocar, para justificarse, que habían procedido movidos por una noble y bondadosa intención.

En el presente caso, como ya se ha visto, y se repite para mayor claridad, las pruebas preconstituídas acerca de los proyectos y la realización del viaje que el doctor González García hizo al Exterior, queriendo conservar durante el término de su viaje el carácter y las prerrogativas de Juez, sin haber solicitado licencia, ponen de manifiesto el alcance de su intención al proceder en esa forma; de suerte que la voluntaria y maliciosa violación de la ley está confirmada, no por la simple presunción de que habla el Código, sino en virtud de hechos concretos y positivos que la hacen ver claramente.

Tanto el Fiscal del Tribunal, doctor Manuel Tiberio Rodríguez, como el señor Procurador, doctor José Serafín Castro, al emitir su concepto, son de opinión que debe sobreseerse, porque no se ha demostrado un elemento esencial para que exista el delito de que trata el artículo 526 del Código Penal, o sea "el perjuicio ocasionado a terceros y que se origine en el no desempeño de las funciones inherentes al cargo que se dice abandonado. En el caso que se averigua en este informativo, no existe en los autos la prueba del perjuicio que hubieran sufrido terceras personas, por no haber concurrido el doctor González García al Despacho del Juzgado de Menores desde el día dos de diciembre hasta el diez y siete del mismo mes, día en que entró a desempeñar el cargo de Juez de Menores el doctor Montero, por lo cual considero que no se ha demostrado plenamente el cuerpo del delito."

Eso del perjuicio a terceros, es una agregación que esos funcionarios le han puesto por su cuenta a la disposición contenida en el artículo 526 del Código Penal; pues tal elemento no lo contiene afortunadamente ese artículo, ni podía contenerlo, ya que en tratándose del abandono o incumplimiento de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y deberes, no son sólo los intereses particulares y privados los que pueden sufrir menoscabo con esa conducta, sino intereses más elevados y más altos, de carácter general o social. Y en el presente caso, especialmente dadas las muy delicadas, permanentes y variadas funciones encomendadas al Juez de Menores de

Bogotá, el descuido y abandono en el cumplimiento de ellas perturba y perjudica intereses públicos de la mayor gravedad, que reclaman permanentemente un remedio eficaz, una protección oportuna, una medida conveniente, en favor de la gran cantidad de menores delincuentes que surgen en esta ciudad, y en todo lo cual existe no un interés particular o privado, sino el de la sociedad, que no puede mirar indiferente esa situación.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** el auto apelado, que lleva fecha doce de junio de mil novecientos treinta.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen para los fines legales consiguientes.

PARMENIO CARDENAS—**Ricardo Hinestrosa Daza. Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Trujillo Arroyo, en el auto que precede.

Considero prematura la calificación del mérito de estas diligencias, tanto para enjuiciar, según lo sostiene la mayoría, como para sobreseer conforme a la tesis sustentada por el Magistrado doctor González Torres en su salvamento de voto.

Atendida la disposición del artículo 4º, Ley 104 de 1922, "la completa terminación de éste (del sumario), no tendrá lugar sino después de que se haya calificado su mérito por auto de fondo," y "por consiguiente—agrega el mismo artículo—el sindicado o su apoderado, y el acusador si lo hubiere, pueden pedir la práctica de las pruebas o diligencias que le fueren favorables, y el funcionario dispondrá se practiquen a la mayor brevedad, previa citación del Agente del Ministerio Público, quien tendrá el mismo derecho." De tal suerte que, si, como consta al folio 41, cuaderno 1º, el Juez de Menores sindicado por abandono de su empleo, hizo uso de tal derecho pidiendo en la ampliación de su indagatoria que se practicaran determinadas pruebas para demostrar los descargos que alegaba, estimo con fundamento en el citado artículo 4º, que el Tribunal no pudo, sin arrebatar una legítima y primordial garantía a la defensa, pasar inadvertida aquella oportuna solicitud, puesto que no se había calificado aún el mérito del sumario, y siendo así que se trataba de pruebas conducentes a los descargos invocados y relativas al elemento intencional y a la responsabilidad.

Y por esa misma razón creo inaplicable al caso el artículo 25 de la misma Ley, por faltar las comprobaciones de que allí se habla, al menos en lo relativo a la responsabilidad, y más aún si se tiene en cuenta que el artículo 25 no puede considerarse aislado del 4º, sino que es necesario relacionarlos para fijar su verdadero alcance. Y así, parece suficientemente claro que no es posible aceptar la responsabilidad cuando el sindicado presenta descargos y pide la práctica de pruebas conducentes, sin que primero se reciban estas pruebas y se las examine, para fijar su verdadero valor **a posteriori**, y no desatender un derecho invocado o ejercido para decidir la cuestión más o menos **a priori**, ya sea en favor o en contra de la persona que presenta descargos y quiere demostrarlos al amparo de la ley.

Respeto en todo su valor la opinión de mis distinguidos colegas, pero las razones que dejo expuestas me obligan a consignar este salvamento de voto.

Bogotá, veintinueve de noviembre de mil novecientos treinta.

Juan C. Trujillo Arroyo—Cárdenas—I. González T. Hinestrosa D.—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Ignacio González Torres, en el auto anterior.

Siento mucho no estar de acuerdo con la mayor parte de los considerandos ni con la conclusión a que se llega en la providencia que antecede.

Y para proceder con orden en el razonamiento, empezaré por lo que aprecia en último término la mayoría de la Sala, o sea lo relativo a perjuicio a terceros, lo cual dice: "es una agregación que esos funcionarios (se refiere al señor Procurador y al Fiscal 1º del Tribunal Superior), le han puesto por su cuenta a la disposición contenida en el artículo 526 del Código Penal; pues tal elemento no lo contiene afortunadamente, este artículo, ni podía contenerlo, ya que en tratándose de abandono o incumplimiento de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y deberes no son sólo los intereses particulares y privados los que pueden sufrir menoscabo con esa conducta, sino intereses más elevados y más altos, de carácter general o social."

Basta lo transcrito para que se vea cómo se empieza diciendo que el perjuicio es elemento que no contiene el artículo 526 del Código Penal, para afirmar, en seguida, más que implícitamente, que tal elemento sí aparece en la disposición mencionada, y debe, por lo mismo, tenerse en cuenta puesto que se habla de **menoscabo que pueden sufrir intereses más elevados y más altos** (altura y elevación son términos absolutamente sinónimos), **de carácter general o social.** Luégo explica la mayoría de la Sala cuál es ese menoscabo a que ella se refiere. Y como menoscabo no es otra cosa que **detrimento o mengua, daño moral** causado a alguno, es evidente que sí se reconoce el elemento **perjuicio.** Y así tiene que ser, porque el abandono de que habla el artículo precitado tiene que tener alguna significación, y ella no puede ser otra que la que se deja expresada, penetrando en el espíritu de la disposición, y no guiándose simplemente por su letra. Por eso los funcionarios aludidos en el auto de la Sala, y la Corte misma—según aparece de las citas que hace el señor Procurador en su vista, en casos como el presente—hacen apreciaciones sobre el susodicho elemento **perjuicio o daño.**

Sentado lo anterior, me permito expresar lo siguiente:

Dice el Tribunal Superior, en la providencia que ha sido confirmada por la Sala, que, conforme al artículo 24 de la Ley 104 de 1922, "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito." Si esto es así, no es menos cierto que aquellos elementos no se deben tomar de una manera escueta en absoluto, y desprovista de relaciones indispensables con todo lo que es materia de la investigación y de la calificación jurídica

de ésta; pues de esa suerte se dejarían de apreciar todas aquellas circunstancias que pueden haber intervenido en el hecho imputable, y que en una u otra manera están consignadas en la disposición penal pertinente.

En el caso de que se trata, concretándome por ahora al perjuicio, si es verdad que los elementos en referencia son: hallarse una persona en posesión de un empleo o destino, y abandonarlo sin previa licencia, siquiera sea temporalmente; también es verdad que se deben tener en cuenta las circunstancias que dicen relación a cada uno de esos elementos, entre los cuales están, según se ha visto, el perjuicio. De ahí que el señor Fiscal del Tribunal diga, con fundamento que no aparece desvanecido:

"Forma parte del cuerpo del delito de abandono del empleo, el perjuicio ocasionado a terceros, y que se origina en el no desempeño de las funciones inherentes al cargo que se dice abandonado."

Y agrega:

"En el caso que se averigua en este informativo no existe en los autos la prueba del perjuicio que hubieran sufrido terceras personas, por no haber concurrido el doctor González García al Despacho del Juzgado de Menores, desde el día dos de diciembre hasta el diez y siete del mismo mes, día en que entró a desempeñar el cargo de Juez de Menores el doctor Montero, por lo cual considero que no se ha demostrado plenamente el cuerpo del delito."

Ni se diga que, "en el presente caso, especialmente dadas las muy delicadas, permanentes y variadas funciones encomendadas al Juez de Menores de Bogotá, el descuido y abandono en el cumplimiento de ellas, perturba y perjudica intereses públicos de la mayor gravedad, que reclaman permanentemente un remedio eficaz, una protección oportuna, una medida conveniente en favor de la gran cantidad de menores delincuentes que surgen en esta ciudad, y en todo lo cual existe no un interés particular o privado, sino el de la sociedad, que no puede mirar indiferente esa situación"; porque no se ha dicho que el perjuicio de que se trata se refiera a un interés particular o privado, sino simplemente perjuicio a terceros, o mejor aún, perjuicio simplemente, el cual puede atañer bien al Estado, bien a la sociedad, bien a los particulares, según fuere el caso, pero siempre perjuicio, debidamente demostrado y acreditado en el informativo, y no meramente afirmado, sin prueba alguna, como acaece en este asunto.

No tiene, pues, por este aspecto, base ninguna, el auto de la mayoría de la Sala.

Pero voy a tratar, además, otro cariz de la cuestión.

El artículo 526 del Código Penal dice:

"El funcionario o empleado público que, estando en posesión de un destino de voluntaria aceptación, lo abandone aunque sea temporalmente, sin previa licencia del que deba darla, y el que, sin ella deje de asistir a cumplir con sus deberes o no vuelva a desempeñarlos cumplida la licencia que había obtenido, no estorbándoselo ninguna enfermedad u otro impedimiento legítimo, sufrirá una multa de diez a cien pesos, si la falta o abandono de su destino no excediere de diez días; pero si pasare este término, la pena será la de privación del empleo. En iguales penas incurrirá si, existiendo el impedimento no lo avisa, inmediatamente que pueda, a la autoridad a quien corresponda otorgar la licencia."

El artículo 1819 del Código Judicial dice:

"Son juicios de responsabilidad los que se siguen contra los empleados públicos por abusos en el ejercicio de sus funciones oficiales, o por falta de cumplimiento de los deberes de su destino, para el efecto de imponerles la pena correspondiente, y de que resarzan los perjuicios que hayan causado con sus abusos y omisiones."

En el presente caso no se trata de averiguar si hubo "abuso en el ejercicio" de las funciones oficiales que desempeñaba el doctor González García; sino de probarse científicamente, sólidamente, que hubo "falta de cumplimiento" en sus deberes, por haberse ausentado de la capital.

¿Qué se entiende por abandonar el puesto?

El separarse materialmente de la oficina o de la ciudad, no es abandonar el puesto, si se lleva la **intención** de desempeñar varias o una sola función de las del cargo, y si el empleado cree que se halla autorizado por la ley para hacerlo. Luego el acto jurídico del abandono del puesto, cuanto punible, requiere dos elementos esenciales o constitutivos de su ser: el **hecho** material de ausentarse durante cierto tiempo, y la **intención** (hecho moral) de dejar de desempeñar **absolutamente** las funciones del cargo. (Artículo 1512 del Código Judicial).

Suele suceder, no pocas veces, que el empleado se ausenta materialmente de la ciudad, o a cumplir una función del empleo, que él cree legal y conveniente, o llevado inesperadamente por una necesidad más o menos urgente. Luego el acto jurídico llamado por la ley "abandono del puesto," requiere una prueba **especial** que permita distinguirlo de otros actos de separación del puesto, que pueden tener **apariencias** de abandono del puesto, sin ser realmente, jurídicamente, abandono punible. Esa prueba debe ser por lo mismo **específica.** Esto quiere decir que la prueba referente a la **intención** de abandonar el puesto, debe ser completa, no vaga, imprecisa, ni formada sobre conjeturas. Lo cual significa que además de necesitarse de la prueba de los elementos constitutivos del delito, ya dichos (artículos 1876 del Código Judicial, 24 de la Ley 104 de 1922), es indispensable también la plenitud de la prueba, de que hubo **realmente intención** de abandonar definitiva o temporalmente el puesto.

Ahora bien, es lo cierto que esa prueba no aparece en el informativo, ni la ha presentado en forma alguna la mayoría de la Sala, la cual se ha limitado a afirmar que "es un hecho incontrovertible que el motivo para que el doctor González García no volviera al Juzgado desde el día dos de diciembre, fue la realización de su viaje al Exterior," deduciendo esto de algunos hechos, que bien pueden llamarse preparatorios del viaje, pero desconociendo al propio tiempo otros que tienen ese mismo carácter y vinculación con aquéllos, como el de visitar, con intención principal al ausentarse, algunos menores de Barranquilla, que dependen del Juzgado, hecho establecido en el expediente, y que no se puede considerar, a humo de pajas, como simplemente "accidental y accesorio."

Abandono significa desamparo, sin defensa; jurídicamente el abandono punible de un puesto oficial, significa separación material de él, y con intención manifiesta de no ejercer ninguna función del empleo durante la separación.

Debe, pues, formularse esta pregunta: ¿hubo, en este caso, abandono punible del puesto?

El hecho sería punible o por delito o por culpa. Por lo primero, si hubo dolo. Por lo segundo, si hubo solamente negligencia en las debidas precauciones (artículos 1° y 3° del Código Penal).

Es evidente que la prueba del delito requiere necesariamente la prueba del dolo (una injusticia cometida a conciencia y con libertad), así como la prueba de la culpa exige la de que no tomó las precauciones necesarias para evitar un mal que se cometió.

No hay prueba de dolo de delito. El mismo Tribunal ha declarado expresamente que no fue delito lo que se cometió. Y aunque la mayoría de la Sala anota, de paso, en su auto, que no se trata de una simple culpa sino de un claro delito, es lo cierto que no da razón ninguna de ello; pues que se reduce a expresar que, "quien como el doctor González García, desempeñando un puesto tan importante y tan delicado como es el Juzgado de Menores, lo abandona para dirigirse al Exterior, dizque a llenar una comisión que le había confiado el Gobierno por un tiempo relativamente largo, mal puede decirse que hubiera procedido por simple negligencia, y sin tener la capacidad suficiente para darse cuenta de que con su conducta daba lugar a grave omisión en el cumplimiento de sus deberes, violando así distintas normas penales."

Sin mucha perspicacia, y sin que sea menester análisis alguno al respecto, bien se echa de ver que el aparte anteriormente transcrito no presenta, jurídicamente hablando, prueba de la existencia del delito que se asevera formalmente existir en este caso, ni menos aún prueba de dolo de tal delito, pues aquí aparece desvirtuada claramente la presunción del artículo 2° del Código Penal.

Pero debo agregar algo más, como reafirmación de lo dicho hasta aquí, y es lo siguiente:

El doctor Alejandro González García se ausentó de Bogotá el dos de diciembre (declaraciones de folios 25 vuelto y 26). El memorial que dejó en la Prefectura para que se le concediera licencia desde el primero de febrero de mil novecientos treinta, y los documentos en que consta que el Gobierno Nacional le recomendó que visitase algunas Casas de menores en Europa (folios 9 y 30), son indicios de que antes del día dos de diciembre proyectaba y preparaba viaje para el Exterior. Pero este proyecto de viaje, y el ausentarse de Bogotá ese día, no son hechos que demuestren necesariamente que desde ese día, dos de diciembre, abandonó el puesto. Porque sí existe otro hecho revelador de que después del día dos diciembre, y antes del día en que se embarcó para Europa, ejecutó actos oficiales, que solamente podía ejecutar en su calidad de Juez; y si existe prueba de que de Bogotá salió con la **intención principal** de practicar diligencias del Juzgado antes de llegar al vapor que lo condujo al Exterior, entonces no se puede afirmar como verdad judicial, que entre el dos de diciembre y la fecha en que se embarcó para Europa, había abandonado el puesto.

Ahora bien: como el hecho últimamente mencionado sí existe, y existe la prueba de que salió con la intención principal de que se ha hablado (folios 27 vuelto y 32 vuelto), no como cosa "incidental y accesoria" sino como alegación fundamental, el dilema que se presenta es inobjetable: o visitó los menores durante todo el tiempo comprendido desde su llegada a Barranquilla, del dos al diez y siete, y entonces no existe el hecho imputado; o los visitó dudante el lapso expresado, pero no haciendo uso de todo ese tiempo, sino sólo de parte de él, y embarcándose, por lo mismo, antes del diez y siete de diciembre, y entonces el asunto cambia de faz, de acuerdo con el propio artículo 526 del Código Penal.

Como el auto de la mayoría de la Sala no contempló la sujeta materia de esta investigación, desde el punto de vista que me he permitido exponer por medio de las consideraciones que preceden, salvo mi voto respetuosamente, en dicha providencia.

Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos treinta.

Ignacio González Torres — Cárdenas — Hinestrosa D. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre dos de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

Mediante apoderado y en escrito de fecha seis de julio de mil novecientos veintinueve, el señor Angel María Díaz Lemos demandó al Departamento de Antioquia, representado por uno de los Fiscales del Tribunal Superior y ante esa corporación, para que en juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el Departamento de Antioquia está en la obligación de cumplir, dentro del término legal o el que fije el Tribunal, el contrato que consta en la citada escritura número 523, de once de marzo de mil novecientos quince, de la Notaría primera de este Circuito, en el sentido de que la carretera de Oriente que ocupa la faja cedida por la citada escritura, debe tener las condiciones adecuadas para que preste el servicio que corresponde a los caminos llamados carreteables y que en tales condiciones debe construírse.

"Segunda. Que el mismo Departamento de Antioquia se halla en la obligación de indemnizar a mi poderdante los perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento del contrato mencionado en la citada escritura número 523, perjuicios que se estiman en veinte mil pesos oro colombiano, y que al no aceptarse esta estimación, serán los que se fijen por peritos dentro de este mismo juicio, comprendiéndose en ellos el daño emergente y el lucro cesante."

Como causa de la demanda, el actor puso de presente el hecho de que habiéndose celebrado legalmente el contrato de la citada escritura número 523, el Departamento no ha cumplido las obligaciones que allí estipuló, hasta el extremo de que no obstante el reconocimiento del derecho que asiste al actor, nada se ha ejecutado con el objeto de cumplir la Resolución de 6 de octubre de 1926.

Como fundamentos de hecho presentó éstos:

"1° Por la Ordenanza número 7, de 28 de marzo de 1913, se declaró de utilidad pública la construcción de un camino carreteable que comunique la capital del Departamento con la región oriental de Antioquia, declarándose igualmente como departamental la vía.

"2º Con el fin de construir el dicho camino carreteable, se procedió por la Junta Departamental de Caminos, autorizada por la Gobernación, a celebrar contratos para obtener la cesión de las fajas necesarias que había de ocupar el camino.

"3º Mi poderdante, dueño del predio por donde había de pasar el carreteable, y con la mira de procurar el progreso del Departamento, vendió a éste, en las más benéficas condiciones, la faja precisa para la construcción del camino dentro de tal predio.

"4º El trazado del camino se llevó a cabo por un Ingeniero Departamental, el cual fue aprobado por la Junta Departamental de Caminos; y según ese trazado el camino debía ocupar, como en realidad ocupó, terreno de propiedad de mi mandante, ubicado en este Distrito en el paraje de Granizal.

"5º El Departamento construye el camino carreteable, según informes, hasta el kilómetro 19, aun cuando sin reunir en su integridad las condiciones del trazado que se adoptó y de las estipulaciones del contrato celebrado con el señor Díaz L.

"6º El mismo Departamento, en los años de 1918 o 1919, dio al servicio público la parte de carreteable que había construída.

"7º El camino de que se trata en el numeral que antecede, ocupó, se repite, predio del señor Díaz L.

"8º El carreteable que dio al servicio público el Departamento era el suficiente y adecuado para el tránsito de peatones, de animales solos o con cargas y de vehículos de ruedas de toda clase.

"9º En las circunstancias expresadas, el predio de mi poderdante, por donde pasó el carreteable dado al servicio público, se utilizaba de éste para entrar y salir de él a pie, a caballo, con cargas, con animales y en vehículos de ruedas de toda clase.

"10. El señor Díaz L., dueño del predio que se especifica en la escritura número 523, de once de marzo de mil novecientos quince, de la Notaría primera de este Circuito, cedió, en virtud de la citada escritura al Departamento, la faja de que allí se trata, para la construcción de la carretera de Oriente.

"11. El cedente señor Díaz L., en fuerza del contrato mencionado, entregó al Departamento la faja de terreno que ocupó aquél y dentro de ella construyó el camino carreteable en la parte que pasa por la finca de mi poderdante.

"12. Como bien se mira, por lo pactado en la citada escritura, la faja cedida por el doctor Díaz L. era destinada exclusivamente a la construcción de la carretera de Oriente.

"13. Dado al servicio público el camino construído en la parte correspondiente a la faja cedida por el señor Díaz L., la Empresa denominada **Tranvía de Oriente**, para los efectos de su construcción y explotación, ocupó la banca de la carretera de Oriente; ocupación no sólo tolerada sino consentida por el Departamento, y no obstante que semejante ocupación daba en tierra con la carretera de Oriente, y no obstante que estipulaciones expresas lo prohibían.

"14. El Tranvía de Oriente tiene ocupada la faja cedida por el señor Díaz L., que debía destinarse únicamente a la carretera de Oriente, y la dicha Empresa del Tranvía ha dado al servicio público este tranvía en el territorio donde se halla radicada la finca que comprende la faja cedida por el señor Díaz L.

"15. Por la ocupación de la banca de la carretera de Oriente con la carrilera del tranvía del mismo nombre, aquella carretera ha quedado completamente inutilizada para prestar los servicios inherentes a camino carreteable, mudándose su naturaleza y cambiándole su objeto y destinación primitivos, con ostensible violación de las estipulaciones del contrato sobre venta de la faja o cesión de ésta.

"16. Una carretera o camino carreteable es camino público, ancho y espacioso por donde pueda andarse o transitarse a pie, con animales, con cargas y en vehículos de ruedas.

"17. Por la ocupación de la carretera de Oriente con la carrilera del tranvía, aquélla no presta el servicio de tal, una vez que no puede transitarse por ella en vehículos de ruedas, ni con animales, ni con cargas, y ni aun a pie, porque en algunos puntos el mismo tránsito a pie se ofrece más que peligroso.

"18. Por causa de ocupación de la carretera de Oriente con la carrilera del tranvía, el predio de mi poderdante ha quedado poco menos que **enclavado**, ya por ser imposible el tránsito en vehículos de ruedas, con animales y con cargas, ya por ser demasiado arriesgado el tránsito a pie, y ya porque es insuficiente el servicio del tranvía por falta de material rodante y por defectuosa administración que llega hasta el punto de que se establezcan preferencias entre los pasajeros. La prensa se ha dado a la tarea de denunciar hechos relacionados con esas preferencias.

"19. La carretera de Oriente, por la ocupación que de la banca se ha verificado por la carrilera del tranvía, se ha convertido para mi poderdante y para cuantos poseen fincas en esa región, en el mayor y más ostensible de los desastres, acompañados de enorme perjuicio, una vez que antes de la construcción de la carretera de Oriente, y de que ésta se diera al servicio público, se disponía de un camino que prestaba servicio constante, suficiente y seguro para el tránsito de la finca al camino público que comunica con esta ciudad, a pie, con animales y con carga de toda clase, en tanto que desde la ocupación de la banca de la carretera con la carrilera del tranvía, ese tránsito no se hace ni siquiera a pie, por la inseguridad que ofrece.

"20. En presencia de semejante situación, tan notoriamente dañosa y violatoria de las estipulaciones del contrato celebrado con el Departamento, mi poderdante y otros propietarios de fajas vendidas o cedidas elevaron a la Junta Departamental de Caminos justa y comedida solicitud quejándose de tan graves males y exigiendo que se pusiera el remedio adecuado a fin de que la carretera prestara el servicio a que había sido destinada, en armonía con el contrato celebrado y con el querer de la Ordenanza 7 de 1913.

"21. Tan razonable fue la solicitud mencionada, que la Junta Departamental de Caminos dictó la Resolución de 6 de octubre de 1926, donde se dispone:

'1° La Dirección Departamental de Caminos procederá a ensanchar la carretera de Oriente, entre esta ciudad y el kilómetro 19 del tranvía del mismo nombre, a medida que los fondos destinados a dicha vía lo permitan.

'2° Exíjase a la Compañía del Tranvía de Oriente, que a partir del kilómetro 19 y a medida que avance la ocupación de la carretera con la línea férrea, deje un espacio suficiente para garantizar el servico de dos líneas de vehículos de ruedas.'

"22. Comoquiera que el tiempo corriera y la Junta Departamental de Caminos ni la dirección de éstos, nada hiciera en el sentido de que fuese cumplida la Resolución de 6 de octubre de 1926, mi poderdante, con otras personas, elevaron nueva solicitud a la Junta Departamental recabando el cumplimiento de aquella Resolución, solicitud esta última que no ha merecido otra respuesta que la de un compasivo silencio.

"23. El Departamento, por conducto de la Junta Departamental de Caminos, dictó la Resolución expresada, simplemente para dejarla escrita, burlando así los derechos de los propietarios—quienes vendieron o cedieron fajas—para la construcción de la carretera, y quebrantando por tan inusitado modo la palabra empeñada por el Departamento.

"24. Mi poderdante, vivamente interesado en zanjar dificultades con el Departamento, ha agotado cuantos medios conciliatorios se le han ocurrido a fin de evitarse el presente litigio; pero infructuosamente, porque el Departamento ha seguido en su renuencia para el efecto de cumplir la Resolución de 6 de octubre de 1926.

"25. Mi poderdante cumplió las obligaciones que le imponía el contrato que celebró con el Departamento sobre cesión de la faja para la construcción de la carretera de Oriente.

"26. El Departamento no ha cumplido con las obligaciones que contrajo y de que habla el contrato mencionado en la escritura número 523, de 11 de marzo de 1915, de la Notaría primera de este Circuito.

"27. El perjuicio que ha sufrido mi poderdante por motivo de que se hubiera desvirtuado la naturaleza y destinación de la carretera de Oriente, y por la consiguiente violación del contrato por parte del Departamento, es de tal magnitud, porque el predio ha quedado poco menos que enclavado, que se estima en veinte mil pesos oro."

Finalmente, adujo como razones de derecho las disposiciones de los artículos 1546, 1602, 1603, 1614 del Código Civil y algunas Ordenanzas expedidas por la Asamblea del Departamento de Antioquia, que el actor comenta así:

"La Ordenanza 7 de 1913 dispuso que era de utilidad pública la construcción de un camino carreteable que comunique la capital del Departamento con la región oriental de Antioquia e hizo tal vía departamental, y en cumplimiento de esa Ordenanza fueron celebrados los contratos sobre adquisición de fajas, los cuales el Departamento no ha cumplido.

"La Ordenanza 19 de 1923 fomenta la construcción de tranvías intermunicipales, y en su artículo 12 se dice que para extender la línea de un tranvía de esa clase puede hacerse uso de las carreteras automoviliarias del Departamento; pero esa facultad en ningún caso ni por motivo alguno alcanza a destruír o modificar las estipulaciones del contrato legalmente celebrado entre el Departamento y el señor Díaz L.

"El artículo 59 de la Ordenanza 58 de 1926 previene que para ocupar las vías departamentales o municipales con líneas férreas pertenecientes a entidades distintas del Departamento, es necesario que en la vía ocupada quede espacio suficiente para garantizar con eficiencia el servicio de dos líneas de vehículos de ruedas; cosa ésta que el Departamento no se ha preocupado de que se cumpla, porque el tranvía de Oriente, por lo menos hasta el kilómetro 19, tiene ocupada íntegramente la vía departamental llamada carretera de Oriente.

"Sea cual fuere la extensión que se atribuya al citado artículo 59, es lo cierto que en virtud de él y a pesar de él, la carretera de Oriente, en mérito de contratos celebrados, debía y debe tener la calidad de camino carreteable para prestar el servicio correspondiente a esa clase de vías.

"Los artículos 1° y 2° de la Ley 62 de 1887 prohiben ocupar los caminos públicos con vías férreas, a cuya categoría pertenecen los tranvías, y la Ley 72 de 1924 no afecta los referidos contratos."

Admitida la demanda y corrido traslado al señor Fiscal 1° del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, lo contestó negando la mayor parte de los hechos fundamentales, remitiéndose a la prueba de otros y afirmando respecto del hecho 3° que "si se atiende al texto de la escritura que se acompañó a la demanda, no fue venta sino cesión de una faja del predio del señor Díaz Lemos." Y concluyó así:

"No estoy de acuerdo con las peticiones de la parte actora, y rechazo la estimación de perjuicios. Desde ahora propongo las siguientes excepciones perentorias: la de pérdida de la cosa que se debe; evento de la condición resolutoria, la que constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió; falta de personería de la parte demandante, si el actor quiere hacer valer sus derechos contra una entidad distinta a la que está obligada a responder. En el caso de hoy esa entidad sería la empresa del tranvía de Oriente que tiene personería jurídica. Esta excepción es sustantiva o perentoria; la de orden o excusión, y la de accidente inopinado."

Determinados así los elementos de la controversia, llamado a pruebas el juicio y recibidas las que el actor solicitó legalmente, recibidos los alegatos de bien probado, citadas las partes para sentencia, el Tribunal mencionado dictó la de fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos veintinueve, en la que absuelve al Departamento de Antioquia de los cargos que le formuló el señor Angel M. Díaz Lemos en la demanda de fecha seis de julio de mil novecientos veintisiete. Sin costas.

Como el actor no se conformó con esta providencia, en tiempo hábil interpuso recurso de apelación, que le fue concedido y elevó los autos a la Corte, donde debidamente tramitada la segunda instancia con intervención de ambas partes, se pasa a decidir acerca del mérito

jurídico del recurso, ya que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, que previamente deba declararse, y mediante las siguientes consideraciones:

Primera. La base cardinal de la discusión en el presente caso depende de la interpretación del contrato en virtud del cual el actor señor Díaz Lemos transfirió la propiedad de la zona de terreno ocupada hoy por el tranvía de Oriente, al Departamento de Antioquia. De un lado el apoderado del actor sostiene la tesis siguiente:

"Al Departamento se le cedió una faja de terreno especialmente destinada a la construcción de la carretera de Oriente; el Departamento la construyó hasta el kilómetro 12, que es lo que interesa en esta controversia; la carretera quedó al servicio público, transitándose por ella a pie, a caballo, con animales, con cargas, y en vehículos de ruedas; el Departamento permitió que la carretera construída fuera ocupada por el tranvía de Oriente; con semejante ocupación se dio al traste con la carretera, porque ya no presta ni puede prestar los servicios de camino carreteable, con gravísimo y ostensible perjuicio para mi poderdante, dueño del predio que ha quedado casi enclavado.....

"La Ordenanza 19 de 1923, que es ley departamental y que está publicada en el periódico oficial del Departamento, en su artículo 12, dice:

'Para extender la línea de un tranvía intermunicipal puede hacerse uso de las carreteras automoviliarias del Departamento.'

"De suerte, pues, que la citada Ordenanza sin ninguna limitación autorizó la ocupación de las carreteras, para extender líneas intermunicipales de tranvías, y de aquí que la Junta Departamental de Caminos en la Resolución copiada así lo reconociera, como lo reconociera también el señor Gobernador en la de 13 de diciembre de 1926.....

"Ahora, hasta para los ciegos, es punto que se presenta incontrovertible, el que la Ordenanza 19 de 1923, ni acto, ni decreto o resolución del Gobernador o de otras entidades públicas, podían permitir que la carretera de Oriente, en la parte donde está la faja cedida, se ocupara por el tranvía, una vez que los contratos legalmente celebrados deben cumplirse y no pueden invalidarse sino por el consentimiento mutuo o por las causas legales. (Artículo 1602 del Código Civil).....

.....

"En resumen: son dos los hechos culminantes o sobresalientes, generadores de la acción instaurada acreditados hasta la saciedad y que ninguno será osado a tacharles su vigor y eficacia: el uno, respecto a que la faja de terreno cedida por el señor Díaz Lemos tenía la **destinación especial** de que por ella se construyera la carretera de Oriente, y sin que pudiera aplicarse a otro objeto; y el otro, respecto a que el Departamento permitió la ocupación de la carretera por el tranvía. Las estipulaciones sobre cesión de la faja justifican el primero de aquellos hechos, pregonándolo hasta el extremo de que ni por artes birlibirloque se podría salir con que admiten distintas interpretaciones; y la inspección ocular, el dictamen de los peritos, las declaraciones de los testigos y las resoluciones mencionadas, justifican el segundo de esos hechos, o sea el que se relaciona con la ocupación.

"Y es que el objeto preciso que buscaba el cedente de la faja, destinándola a la construcción de la carretera, se cae de su peso, porque entonces las tierras se valorizarían por el mero hecho de la existencia de un camino carreteable que facilitaba y mejoraba el tránsito, haciéndolo adecuado también para vehículos de ruedas. Y el Departamento, al permitir que la carretera fuera ocupada por el tranvía, la privó de las características que constituyen las vías de esa especie, desde luégo que ya no sirve ni puede servir para vehículos de ruedas y que el tránsito a caballo, con animales, y aun a pie, se ofrece más que peligroso."

En síntesis y para concluír, dijo el apoderado:

"La faja de terreno cedida por el señor Díaz Lemos tenía la destinación especial de que por ella se construyera la carretera de Oriente; el señor Díaz Lemos cumplió con su única obligación que era la de transmitir el dominio de la faja; el Departamento se obligó a construír esa carretera dándole a la faja destinación especial; la construyó hasta el kilómetro 12; quedó al servicio público y por ella se transitaba a pie, a caballo, con animales, con cargas y en vehículos de ruedas; el Departamento permitió que la carretera fuera ocupada por el tranvía de Oriente; por motivo de semejante ocupación la carretera construída no presta los servicios consiguientes a las vías de esa clase, en forma que no se transita ni podrá transitarse en vehículos de ruedas, y que el tránsito a pie, a caballo y con animales está rodeado de peligros; por la violación del contrato mi poderdante ha sufrido cuantiosos perjuicios; luego es procedente la acción establecida y la sentencia debe pronunciarse en conformidad a la parte petitoria de la demanda."

Por su parte el señor Fiscal en su alegato presentado en la primera instancia, concluye así:

"En resumen: el señor Díaz Lemos cedió gratuitamente la faja de terreno de que trata la escritura número 523; que por virtud de esa cesión el Departamento adquirió el dominio de esa faja; que por virtud de esa adquisición, esto es, en gracia del derecho que le concede el dominio para gozar y disponer arbitrariamente, permitió que el tranvía ocupase la aludida faja; que el Departamento cumplió con los gravámenes a que está obligado, porque a ello hace fe el mismo silencio que a este respecto guarda el señor apoderado; que como estos gravámenes se reducen a algo muy distinto de la pretendida prohibición para que la vía construída fuera ocupada por el tranvía de Oriente, se infiere de allí, que el demandante no tiene el derecho que pretende, es decir, el de pedir el cumplimiento de un contrato ya cumplido, y la indemnización de perjuicios que no debe; que es irrito pensar siquiera que los bienes adquiridos por entidades públicas como la Nación, el Departamento o el Municipio, estén sometidos a los vaivenes caprichosos de un expropiado, vendedor o cedente, que no esté conforme del todo con el contrato que llevó a cabo; que no vale apelar, recurso extremo, a la vía de la interpretación de un contrato que consta en una escritura pública suficientemente explícita, pretextando que el bien social debe quedar postergado por el bien individual; por último, y como el Departamento nada ha dejado de cumplir, el señor Díaz Lemos carece del derecho para pretender que aquella entidad sea condenada al cumplimiento del mencionado contrato y a la indemnización de perjuicios, y que por lo tanto la acción instaurada es ineficaz."

Segunda. Son términos precisos de las estipulaciones contenidas en el contrato de que se trata, los siguientes:

"Primero. Díaz Lemos cede gratuitamente al Departamento de Antioquia una faja de terreno en su finca de **Granizal**, que mide en su totalidad trescientos treinta y ocho metros de largo por doce metros de ancho en la parte llamada **El Corral**, y diez y seis metros de ancho en el resto de la finca, para dar paso a la mencionada carretera y cuya vía debe pasar por detrás de su casa de habitación, a una distancia que en la parte en que más se acerque a ésta no puede bajar de tres metros medidos del marco de las tapias exteriores de dicha casa. El exceso de terreno que se le tome o que se le inutilice a Díaz Lemos con motivo de la construcción de la carretera, se le pagará por convenio amigable o por justa tasación de peritos nombrados por las partes.

"Segundo. En cambio de la cesión del terreno que hace Díaz Lemos, el Departamento de Antioquia, por medio de la Junta de Caminos, se obliga:

"**a)** A construír sólidamente los cercos de ambos lados de la zona cedida, de alambre de púas de cinco hilos en las partes bajas o planas, y de cuatro en las partes altas; o de vallados de piedra de dos caras y suficientemente altos; a construír los puentes de piedra en las zanjas de desagüe de la carretera, y a poner tres puertas de golpe a cada lado de la carretera para el paso de los animales y para la fácil administración de los tres lotes en que está dividida la finca;

"**b)** A retirar hasta encontrar el plano de la carretera toda la barranca y piedra que está detrás de la casa de Díaz Lemos, para que quede allí un espacio limpio y a nivel con aquélla, y arreglar o peinar bien el frente del barranco para que no le dé aspecto feo al edificio y desaguar éste con zanjas de piedra por todo el pie, para que las aguas no vengan a causarle daño a la casa y zanjear el terreno por encima de la carretera para desviar del frente de la casa la mayor cantidad de aguas lluvias que se pueda;

"**c)** A construír de adobe o de piedra y concreto y con la debida amplitud para que no se obstruya nunca, la cañería del agua potable que viene a la casa de habitación de Díaz Lemos, en los puntos en que la intercepten la carretera o los trabajos de ésta, pero en un todo de acuerdo y a satisfacción de Díaz Lemos.

. . . . . .

"Sexto. En el caso de que el Departamento resuelva suspender la construcción o el servicio público de dicha carretera, Díaz Lemos queda con el derecho de volver a tomar y entrar en posesión de la faja de terreno que hoy cede a aquél, sin que pueda exigírsele a éste indemnización alguna por los cercos y demás obras que se hayan ejecutado en su terreno."

Para determinar la esencia de estas estipulaciones y de consiguiente sus efectos contractuales entre quienes intervinieron en ellas, basta tener presente lo declarado en el punto primero que ya se copió y donde se dice que el señor Díaz Lemos cede gratuitamente al Departamento de Antioquia una faja de terreno en su finca de **Granizal** para dar paso a la carretera de Oriente. Expresión ésta que demuestra cómo el contrato de cesión por virtud de la estipulación segunda en la cual el Departamento se comprometió a realizar ciertas prestaciones "en cambio de la cesión del terreno que hace Díaz Lemos," se perfeccionó como bilateral.

Ahora bien: como la acción tiende a que se obligue al Departamento de Antioquia a cumplir el mencionado contrato, en el sentido de que la carretera de Oriente que ocupa la faja cedida tenga las condiciones adecuadas para que preste el servicio correspondiente, y a que el mismo Departamento pague los perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento del contrato en cuestión, se hace preciso estudiar si quien ejercita la acción se encuentra en las circunstancias jurídicas que la autorizan.

Está plenamente demostrado que el actor Díaz Lemos entregó al Departamento la faja de terreno cedida; que el Departamento construyó la carretera de Oriente en la aludida faja; que la dio al servicio público, y que posteriormente, por obra de la autorización contenida en el artículo 12 de la Ordenanza 19 de 1923, expedida por la Asamblea del Departamento de Antioquia, tal carretera fue ocupada con la línea del tranvía de Oriente; así como también aparece demostrado que con la ocupación realizada se ha hecho difícil y peligroso el tráfico por la carretera con medios distintos de los carros del tranvía.

Estas demostraciones hacen ver que el actor ha cumplido satisfactoriamente con las obligaciones que se impuso mediante el contrato de que se trata, y a la vez ponen de manifiesto que el Departamento por su parte no ha cumplido las suyas, y en este caso la primera petición de la demanda debe prosperar.

No sucede lo propio respecto de la segunda petición, tendiente a obtener indemnización de perjuicios comprendiéndose en ellos el daño emergente y el lucro cesante provenientes—dice la demanda—de la falta de cumplimiento del contrato. Efectivamente: si el actor persiste en que el contrato se cumpla por parte del Departamento, según lo pide en la primera declaración, los perjuicios que luégo demanda no pueden ser otros que los procedentes de la mora y no los compensatorios a que se refieren los peritos en su exposición rendida ante el Tribunal en la primera instancia. Dicen:

"I. Reafirmamos la verdad y la exactitud de las observaciones de la Sala en cuanto a los hechos a que se contraen los ordinales **a)**, **b)**, **e)**, **f)** y **g)** del Capítulo III del memorial de pruebas del demandante señor Angel M. Díaz L.

"II. Con relación a los hechos a que se contraen los ordinales **c)**, **ch)** y **h)** del mismo Capítulo III del memorial de pruebas aludido, observamos que la anchura de la carretera de Oriente, del kilómetro 1° hasta el kilómetro 12, es en lo general de cuatro metros, y que al no haber sido ocupada esa carretera, en el trayecto indicado, por la Empresa del tranvía de Oriente, tendría la capacidad suficiente para el tránsito a pie, a caballo, con animales, vehículos de ruedas, y que por motivo de esa ocupación no es posible transitar por la carretera con vehículos de ruedas, diferentes a los carros del tranvía, y difícilmente con estorbos y peligros, se puede transitar con animales, vacíos o cargados, y a pie, ya que la zona de la carretera que dejan libre los rieles del tranvía, a uno y otro lado, es demasiado estrecha.

"III. Propiedades que tienen una vía pública como el tranvía de Oriente, que no obstante sus deficiencias presta un regular servicio, siendo además un elemento

de valorización para las propiedades que atraviesa, no pueden considerarse éstas como enclavadas, o mejor dicho, privadas de comunicación con la cabecera del Municipio de Medellín. Lo que sí es evidente es que a los dueños de las propiedades aledañas al tranvía de Oriente, del kilómetro 1° al 12, les conviene más como elemento de comodidad y de valorización de sus propiedades una carretera automoviliaria que el tranvía, tal como presta hoy sus servicios. De lo anterior se desprende que debemos tener presente al fijar el valor de los perjuicios, dos apreciaciones diferentes que a continuación exponemos.

"IV. Si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín resuelve, como lo pide la parte demandante, que el Departamento ha violado el contrato celebrado con las personas que representa en el juicio el señor Díaz Lemos, y que por razón de ese contrato el Departamento estaba obligado a sostener permanentemente la carretera, sin poder destinar a otra clase de locomoción las fajas cedidas por los dueños de los terrenos que atravesó esa obra de utilidad pública, el perjuicio, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante, que procede de que la carretera de Oriente no preste el servicio de camino carreteable y de que las fincas del señor Díaz Lemos estén privadas del tránsito de vehículos de ruedas, distintos al del tranvía, lo estimamos en la cantidad de ocho mil pesos ($ 8,000) oro.

"V. Si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia considera:

"a) Que la construcción de la carretera de Oriente era una obra de utilidad pública, y que el Departamento tenía derecho a expropiar la faja necesaria para construírla;

"b) Que si los propietarios de los terrenos que cruzó la expresada carretera entre los kilómetros 1° al 12, tuvieron a bien no someterse al juicio de expropiación, y al efecto hicieron cesión de la faja considerando compensado su valor con los beneficios que recibían con la construcción de la carretera;

"c) Que esa cesión hecha a quien tenía derecho de tomar por sí, pagando previamente su justo valor, la faja de terreno que necesitara, no le imponía al Departamento obligación alguna, en cuanto a no poder variar la clase de servicio a que por el momento destinase la tal faja, y en tal sentido hay que estimar la cesión;

"d) Que la Empresa del tranvía de Oriente, que es también una empresa de utilidad pública, tenía también derecho a expropiar la faja ocupada con sus rieles;

"e) Que tanto el objeto del carreteable como el del tranvía, en su esencia, fueron construídos para un mismo fin; y, si dicho Tribunal llega en conclusión a no considerar al Departamento ligado con un contrato que lo impusiera para con los terratenientes aledaños a los kilómetros 1° a 12 la obligación de sostener perpetuamente la carretera de Oriente como carretera, el perjuicio recibido por la parte demandante no puede ser otro que recuperar el valor de la faja descontando el valor de los cercos construídos por el Departamento y los beneficios que le reporta el servicio del tranvía. Este hubiera sido el resultado del juicio de expropiación y en este caso estimamos el valor de la faja del señor Díaz Lemos en la cantidad de mil ochocientos pesos ($ 1,800) oro legal."

Ahora bien: según los términos de la demanda en su primera petición, la persistencia del actor en que el contrato se cumpla, pone de manifiesto la conveniencia y ventajas que le atrae la construcción de la carretera; y como la obra puede realizarse conjuntamente con la del tranvía, ambas para el servicio público, según la mente de los contratantes, hay que concluír que el incumplimiento del contrato por parte del Departamento hasta el presente, ningún perjuicio ha causado al actor, desde luégo que la expectativa de mayor valorización de su propiedad por virtud de la construcción de la vía, aún puede realizarse y dado que la privación del tránsito de vehículos de ruedas a que está sujeta la propiedad del señor Díaz Lemos no es exclusiva para ella, ya que la vía es o debe ser pública y no se ha pretendido su construcción en beneficio exclusivo del actor, señor Díaz Lemos.

Y menos puede ponerse en duda que los peritos se refieren a perjuicios compensatorios por incumplimiento del contrato cuando los hacen consistir en la recuperación del valor de la faja, descontando el valor de los cercos construídos por el Departamento y los beneficios que le reporta el servicio del tranvía, como resultado del juicio de expropiación; pues siguiendo este criterio, que se aparta del intento del actor, expresado en la primera petición de su demanda, el contrato de cesión de la faja se resolvería y las prestaciones consecuenciales a él desaparecerían, dado que los perjuicios equivalentes al precio de la faja implicarían la compra de la misma por el Departamento y violarían la cláusula sexta del contrato que tanto obliga a los estipulantes como las cláusulas tácitas reconocidas por la ley.

Además, según la exposición transcrita, no aparecen datos que demuestren los fundamentos en que los peritos se apoyan para sacar sus conclusiones; lo que hace que su dictamen no pueda apreciarse jurídicamente.

De todo lo expuesto se concluye que no están probados los perjuicios demandados y por consiguiente el Departamento debe ser absuelto de este cargo que se le ha hecho.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia absolutoria de que se ha hecho mérito, y en su lugar resuelve:

Primero. El Departamento de Antioquia está en la obligación de cumplir dentro del término de un año el contrato que consta en la escritura número 523 de once de marzo de mil novecientos quince, de la Notaría primera de Medellín, en el sentido de que la carretera de Oriente que ocupa la faja cedida mediante el contrato, debe tener las condiciones que corresponden a las vías de esta clase.

Segundo. Absuélvese al Departamento del cargo de indemnización de perjuicios que le aparece hecho en la segunda petición de la demanda.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de donde procede.

JULIO LUZARDO FORTOUL — Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre diez y siete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué consulta con esta Superioridad, por no haber sido apelado en tiempo, el auto de treinta y uno de enero último, por el cual fijó, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Ley 35 de 1915, en la suma de cuatro mil pesos el valor de la zona de propiedad del Municipio de El Guamo, que fue expropiado para el ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá, y que la Nación debe pagar a aquél.

Estando agotada la tramitación prescrita por la ley, se procede a resolver lo que corresponde.

Bajo el imperio del artículo 35 de la Ley 100 de 1892, las sentencias contra la Nación, los Departamentos y los Municipios, debían siempre consultarse con el Superior, al no ser apeladas.

El artículo 30 de la Ley 169 de 1896 modificó el anterior en el sentido de hacer consultables dichas sentencias en el caso de que ellas declararan alguna obligación a cargo de tales entidades.

En el caso que contempla el auto apelado, ninguna obligación se le ha impuesto a la Nación, pues lejos de haber sido condenada, ella obtuvo lo que se proponía en la demanda de expropiación que promovió para obtener la faja de terreno a que se alude. Es cierto que debe pagar al Municipio de El Guamo la suma de cuatro mil pesos como compensación de la cosa que recibe; pero esto, como es obvio, no significa prestación que provenga de sentencia condenatoria, sino simplemente, el medio de hacer efectivo el derecho que adquirió.

Por tanto esta corporación, en desacuerdo con el señor Procurador General de la Nación, quien pidió la revocación del auto, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **se abstiene** de revisar la providencia consultada.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

El Juzgado Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales, por auto fechado el diez y ocho de septiembre de mil novecientos veintinueve, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el señor Guillermo Sarmiento por la suma principal de cuatro mil doscientos noventa y dos pesos, quince centavos ($ 4,292-15); por los intereses de las sumas que integran esta cantidad contados desde las respectivas fechas en que se declararon exigibles al tipo legal del uno por ciento mensual; y hasta su completo pago, y por la cantidad adicional de ochocientos quince pesos ($ 815) moneda corriente, valor de las varias multas que le fueron impuestas.

En el auto citado libróse también orden de pago por la vía ejecutiva contra el señor Aquiles González L., en su carácter de fiador del responsable, por la suma principal de mil doscientos cincuenta y un pesos, setenta y seis centavos ($ 1,251-76) moneda corriente; por los intereses de cada uno de los créditos que integran la cantidad, contados desde las respectivas fechas en que se hicieron exigibles, al uno por ciento mensual, hasta su completo pago, y por la suma adicional de trescientos treinta y cinco pesos ($ 335) moneda corriente, por razón de las multas impuestas al principal por los extravíos de valores ocurridos entre el nueve de septiembre de mil novecientos veintitrés y el veintiséis de los mismos.

Al intimársele al doctor Eliseo Pinto el mandamiento ejecutivo de que se trata, como apoderado de González, interpuso apelación para ante esta Superioridad. Concedido el recurso, vino el negocio a la Corte, en donde, tramitado el asunto de acuerdo con la ley, se procede a resolver.

Sirvió de base al mandamiento ejecutivo en mención las Resoluciones emanadas del Ministerio de Correos y Telégrafos, por medio de las cuales se declaró responsable al señor Guillermo Sarmiento por la pérdida de los valores declarados, cuya emutación se hace en el referido auto, así como el importe de las multas relacionadas.

El memorial presentado por el apelante durante la fijación del asunto en litis, pide revocación de la providencia materia de la apelación y alega en síntesis que para despachar la ejecución de que se trata, el Juez del conocimiento tuvo presente el documento privado de fecha ocho de septiembre de mil novecientos veintitrés, que está registrado, y por lo mismo—afirma—es uno de los títulos ejecutivos señalados por el artículo 46 de la Ley 40 de 1907; pero añade que no es suficiente aducir un título ejecutivo para poder despachar una ejecución, porque es preciso—concluye—que de él aparezca una obligación expresa, clara y actualmente exigible de pagar una cantidad líquida de dinero, etc.

Como se ha expresado arriba, las sumas que figuran en los alcances deducidos al señor Sarmiento, son sumas líquidas de dinero, siendo las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Correos y Telégrafos documentos que prestan mérito ejecutivo, al tenor de los artículos 96 del Código Judicial y 46 de la Ley 40 de 1907.

Por otra parte, y según consta del documento de fecha ocho de septiembre de mil novecientos veintitrés, el fiador señor Aquiles González se comprometió a responder con sus bienes presentes y futuros, no sólo por la suma de trescientos pesos, la cual fija como cuantía, sino por cualquiera otra que resulte a deber al Gobierno.

De manera que las sumas materia de la ejecución son el monto de lo que el responsable y su fiador adeudan al Tesoro Nacional; y del documento de que se ha hecho mérito nace la obligación de González de responder por cualquier suma que Sarmiento resulte a deber al Gobierno.

Está, pues, el auto recurrido enteramente de acuerdo con los preceptos legales, y en consecuencia la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, lo **confirma** en todas sus partes.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, febrero 20 de 1933. | Número 1872

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

El doctor Pedro Sanz Mazuera, en ejercicio del derecho que a todo ciudadano colombiano concede el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, pide a la Corte que previo traslado al señor Procurador General de la Nación, declare inexequibles, por inconstitucionales, las autorizaciones **b)** y **c)** del artículo 1º de la Ley 3ª de 1930, y el artículo 4º de la misma, en cuanto por éste se reviste al Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1931, en relación con las referidas autorizaciones **b)** y **c)**; el artículo 6º de la Ley 89 de 1931, que prorroga hasta el 31 de diciembre del mismo año dichas autorizaciones; y los Decretos ejecutivos números 1796 de 23 de octubre de 1930, 426 y 1148 de 2 de marzo y 30 de junio, respectivamente, de 1931, dictados en desarrollo de las mencionadas leyes de autorizaciones.

Con la demanda acompaña el actor—debidamente autenticados—los **Diarios Oficiales** números 21486, 21632 y 21735, en que corren publicadas las leyes y los decretos cuya inexequibilidad se solicita.

Se acusan las leyes y los decretos a que se ha hecho referencia como violatorios de los artículos 57, 58, 76 y 81 de la Constitución Nacional.

El concepto del señor Procurador General de la Nación, oportunamente solicitado por la Corte, es totalmente adverso a las peticiones de la demanda.

Para decidir, se procede a examinar la demanda, comenzando por lo referente a las disposiciones de las Leyes 3ª de 1930 y 89 de 1931, que el demandante señala como violatorias de la Constitución.

Acúsase la Ley 3ª de 1930, en cuanto por ella se dispone lo siguiente:

"Artículo 3º Revístese al Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1931, respecto de todas las autorizaciones concedidas en esta Ley, con excepción de aquellas a que se refiere el inciso **a)** del artículo 1º

"El artículo 1º dice:

"Autorízase al Poder Ejecutivo:

"a) . . . . . .

"**b)** Para reorganizar los distintos Ministerios del Despacho Ejecutivo y demás dependencias administrativas, los Departamentos administrativos y sus oficinas subalternas; para suprimir y refundir empleos, cambiar la denominación o nomenclatura de los mismos, señalar atribuciones y asignaciones, rebajar sueldos o aumentarlos cuando por la fusión de varios cargos públicos se justifique esta medida; todo con el único propósito de hacer economías en los gastos, sin perder de vista el buen servicio público. En la reorganización que haya de darse a la Contraloría General de la República se oirá el concepto del Contralor.

"**c)** Para reorganizar el personal subalterno del Poder Judicial y del Ministerio Público, oído el concepto de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena; y para fijar sueldos del mismo personal subalterno del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la rama Contencioso Administrativa."

Acúsase asimismo el artículo 6º de la Ley 89 de 1931, por medio del cual se prorrogan hasta el 31 de diciembre de ese año las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo por la Ley 3ª de 1930.

En relación con las disposiciones legales aquí transcritas, sustentan la demanda las siguientes razones:

"Principio constitucional es que los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones (artículo 57 de la Constitución), y ¿cuáles son estos poderes? La Constitución, cimiento sobre la cual descansan los principios tutelares de la República, estabilidad del orden y garantía de los derechos de todos los habitantes del territorio colombiano, los divide en tres grandes ramas: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. A cada uno de éstos señaló su órbita de acción, y salirse alguno de ellos del radio de sus atribuciones implica el relajamiento de las otras potestades y el consiguiente desquiciamiento de las bases del Poder Público.

"El legislador estableció la ley de asignaciones a los empleados de la Nación, y por la ley que acuso, el Congreso faculta al Poder Ejecutivo para legislar en esta materia, de suyo delicada; delega a éste una de sus funciones, cual es la de fijar sus respectivas dotaciones a los empleados que prestan servicios a la Nación. ¿Y en dónde está la facultad que la Constitución haya dado al Congreso para delegar esa función al Poder Ejecutivo? ¿Y en qué parte la que faculte al Congreso para delegar al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en asuntos relativos al Presupuesto de gastos? Porque los decretos que acuso, dictados por el Poder Ejecutivo, alteran el Presupuesto dicho y de consiguiente violan el principio de que no puede incluirse partida alguna que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior. La ley de asignaciones

fijó las de los empleados, es ella anterior, y los decretos acusados han venido a ser leyes posteriores. Mas flagrante no puede ser la violación constitucional.

"Se dirá acaso que por la atribución 10ª del artículo 76 de la Constitución, el Congreso quedó facultado para revestir pro témpore al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

"Vamos por partes y discriminemos. Esa facultad es para cuando las necesidades lo exijan o las conveniencias públicas lo aconsejen. Pero ¿qué necesidad había, estando reunido el Congreso y a la sazón dentro de las sesiones ordinarias? Porque dentro de los noventa días de ellas (inciso 2º del artículo 8º, Acto legislativo número 3 de 1910), se hallaba el Congreso el día ocho de septiembre, fecha de la Ley 3ª de 1930, y el nueve del mismo mes, en que aparece publicada en el **Diario Oficial**. Esa necesidad, pues, no existía, mucho menos para una legislatura que duró reunida por el largo espacio de once meses."

Después de algunas apreciaciones en que el demandante moteja de incalificable el proceder del Congreso por no haber expedido en sus sesiones ordinarias ni en las extraordinarias la ley de reforma a la de asignaciones civiles, analiza la atribución 10ª del artículo 76 de la Constitución, concebida en estos términos:

"Revestir, pro témpore, al Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen."

Considera que el canon constitucional transcrito no entraña la delegación de facultades que corresponden al Congreso; que **revestir** no es delegar; que el Congreso sólo puede revestir pro témpore de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República, no al Poder Ejecutivo, como lo hacen las leyes acusadas.

Para demostrar que revestir no equivale a delegar, señala el demandante la significación que a uno y otro vocablo da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, y concluye así:

"En ninguno de los artículos del texto constitucional se encuentra la facultad que él conceda al Congreso para delegar sus funciones a los otros poderes de la Nación, o sea para expedir decretos con carácter de ley sobre asignaciones civiles en el caso presente.

"En todo el tiempo anterior se ha venido cayendo por los legisladores en ese lamentable error: es un hecho, pero hay que poner las cosas en su punto, hay que contener esa corruptela, que socava uno de los cimientos constitucionales.

"No se puede entender de otra manera—dice—la atribución 10ª del artículo 76 de la Constitución, pues si tuviera la latitud que para el caso se le asigna, igualmente la tendría el legislador para facultar al Poder Ejecutvo y al Judicial para que adicionara y reformara el Código Civil y el Judicial. Este dilema no admite excepción. Y si ello es así, preciso es concluír que si tiene facultad para lo uno la tiene para lo otro, o no hay lógica posible. Por fortuna basta leer la exposición (sic) constitucional para que el entendimiento convenga conmigo en este lógico razonamiento."

Se observa: estima el demandante que en las disposiciones arriba transcritas, el Congreso faculta al Poder Ejecutivo para legislar, esto es, que le confiere la potestad de hacer leyes, y que con ello viola los artículos 57 y 58 de la Constitución, que consagran estos preceptos:

"Artículo 57. Todos los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones," y

"Artículo 58. La potestad de hacer leyes reside en el Congreso....."

Estima asimismo violado el artículo 76 del mismo Estatuto Fundamental, en sus ordinales 7º y 11, por cuanto en las referidas leyes se autoriza al Poder Ejecutivo para proveer en materia de competencia privativa del Congreso, una vez que la citada disposición constitucional establece que "corresponde al Congreso hacer las leyes," y que por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

. . . . . .

"7ª Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus respectivas dotaciones."

. . . . . .

"11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la Administración.

"En cada legislatura se votará el Presupuesto general de unas y otros. En el Presupuesto no podrá incluírse partida alguna que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior o a un crédito judicialmente reconocido."

Pero, observa la Corte, que todos estos cargos desaparecen ante la sola consideración de que las leyes acusadas fueron expedidas por el Congreso en uso de la facultad que a éste confiere el mismo artículo 76 de la Constitución, ordinal 10, para "revestir, pro tempore, al Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen."

Previendo el constituyente que pudieran presentarse diversos casos en que las conveniencias públicas aconsejen o la salud del Estado requiera que el Presidente de la República, que está en contacto con las apremiantes necesidades del momento, asuma un poder excepcional que le permita satisfacerlas, adoptando oportunamente determinaciones de carácter urgente, sin que tales necesidades o conveniencias sean de una magnitud que exijan la total supresión del régimen constitucional, autorizó al Congreso para que aprecie la situación, y, si lo creyere necesario, amplíe, excepcional y transitoriamente, el radio de acción del Jefe del Estado, revistiendo a éste de las precisas facultades que las circunstancias del momento hagan necesario poner en sus manos para la salvación del Estado o la satisfacción de altas conveniencias públicas.

La autorización 10ª que el artículo 76 de la Constitución confiere al Congreso es un ordenamiento de la soberana potestad del constituyente en virtud del cual, y en los casos allí indicados, puede el Congreso alterar transitoriamente el régimen constitucional ordinario que consagran los artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental, autorizando al Jefe del Estado para que ejerza ciertas atribuciones que, al tenor de ese mismo estatuto, no son ordinariamente de su incumbencia.

El demandante acusa también las precitadas Leyes como violatorias de la citada disposición constitucional, que confiere al Congreso la atribución de que se viene hablando, porque, en su concepto, no era el caso de que el Congreso hiciera uso de esa atribución, porque no existía la necesidad de que allí se habla; pero a esto

basta observar que en esta materia, como lo ha dicho la Corte en otras ocasiones, el Congreso es soberano para apreciar la cuestión de hecho de si es o nó el caso de hacer uso de la referida atribución.

Arguye el demandante que en la precitada disposición constitucional se confiere al Congreso la atribución de revestir pro témpore al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias y que en las leyes acusadas a quien se reviste de estas facultades es al Poder Ejecutivo, no al Presidente, lo que implica violación de aquel precepto. A esto se observa que no hay inconstitucionalidad en lo sustancial de la ley, una vez que otorgadas aquellas facultades en una u otra forma, quien hace uso de ellas es el Presidente, con la indispensable cooperación de los Ministros, ya que los decretos que en su ejercicio dicte el Presidente, tienen que llevar la firma del Ministro correspondiente, en virtud de lo establecido en el artículo 3º del Acto legislativo número 3 de 1910, según el cual, "ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros, tendrá valor ni fuerza alguna, mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo, quien por el mismo hecho se constituye responsable"; y según lo declara el artículo 59 de la Constitución, "el Presidente de la República es el Jefe del Poder Ejecutivo y lo ejerce con la indispensable cooperación de los Ministros."

No dice el demandante cuál de los actos acusados es el que, en su concepto, viola el artículo 81 de la Constitución, y, por tanto, no hay lugar a considerar la demanda de inexequibilidad con relación a esta disposición.

Por las razones expuestas, la Corte estima infundada la objeción de inconstitucionalidad que el demandante le hace a las disposiciones legales de que hasta aquí se ha hecho mérito, y pasa ahora a examinar la demanda en relación con los Decretos números 1796, de 23 de octubre de 1930; 426, de 2 de marzo de 1931, y 1148, de 30 de junio del mismo año, dictados por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades que se le concedieron por las mencionadas leyes.

Estima el demandante que los Decretos a que se refiere su acusación violan el artículo 76 de la Constitución, "porque los Decretos que acuso—dice—dictados por el Poder Ejecutivo, alteran el presupuesto dicho y, de consiguiente, violan el principio de que no puede incluírse partida alguna que no corresponda a un gasto **decretado por ley anterior.** La ley de asignaciones fijó las de los empleados, es ella anterior, y los Decretos acusados han venido a ser leyes posteriores. Más flagrante no puede ser la violación constitucional."

A todo lo expuesto en los puntos que preceden, se agrega, para contestar este cargo, que el Presupuesto Nacional de gastos consiste en un cálculo de las sumas que deben gastarse para el servicio del Gobierno, el cual se considera simplemente como un cómputo de las sumas requeridas para los servicios públicos, y como en ninguno de los Decretos acusados se hace ese cálculo o ese cómputo, el cargo carece de fundamento; en el primero de esos Decretos (el número 1796) "se fijan los sueldos del personal subalterno del Poder Judicial y del Ministero Público"; por los otros dos (el número 426 y el número 1148) "se fijan las asignaciones mensuales de los empleados al servicio de la Nación," que en ellos se expresan.

Como se ve, en todos estos Decretos el Gobierno ejerció las atribuciones de que extraordinariamente lo revistió el Congreso, dentro de los límites que le fueron señalados, ajustándose a las normas constitucionales aplicables al caso.

Pero agrega el demandante:

"Suponiendo que la atribución 10ª antes dicha dijese:

"Facultar pro témpore al Presidente de la República para expedir la ley de asignaciones y fijar sueldos a los empleados, suponiéndole—digo—valor constitucional a la Ley 3ª dicha, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto número 1796 de 23 de octubre de 1930, es decir, hizo uso por ese Decreto de la facultad que indebidamente le otorgó el Congreso para fijar los sueldos del personal subalterno del Poder Judicial y del Ministerio Público. Con ese Decreto quedó llenada y extinguida la función que se le confirió. Pues no lo entendió así el Poder Ejecutivo, y consecutivamente dictó dos Decretos más, el número 426, de 2 de marzo de 1931, y más luégo el 1148, de 30 de junio último, sobre asignaciones de sueldos a los empleados de la Nación. Expedido el Decreto primeramente dicho, quedó virtualmente expirada la facultad que se le confirió, y de consiguiente los dos Decretos últimos (el de 2 de marzo y el de 30 de junio de 1931) carecen de valor, están afectados también por este lado de inexequibilidad, y así pido que lo declaréis. Sostener lo contrario equivaldría a entender que el Poder Ejecutivo podía seguir dictando decretos y reduciendo sueldos indefinidamente, apoyándose en la citada Ley."

Esta acusación sería fundada si en las leyes acusadas apenas se hubiera facultado al Presidente para que dentro de los términos allí expresados usara por una sola vez de las facultades que en ellas se le concedieron; pero habiendo dicho, como lo dijo el Congreso en la Ley 3ª de 1930, en su artículo 4º, que se reviste al "Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1931, respecto de todas las autorizaciones concedidas en esta Ley, con excepción de aquellas a que se refiere el inciso a) del artículo 1º," y luégo, en el artículo 6º de la Ley 89 de 1931, "prorróganse hasta el 31 de diciembre del año en curso las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo por la Ley 3ª de 1930," quedó éste facultado para hacer uso de cada una de las referidas autorizaciones cada vez que lo estimara conveniente, desde el nueve de septiembre de mil novecientos treinta, fecha de la publicación de la Ley 3ª de ese año, hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y uno. La limitación que trata de asignarle el demandante es totalmente arbitraria, pues no tiene fundamento en la Constitución, ni en las propias leyes en que tales autorizaciones fueron concedidas.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, obrando de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, resuelve:

No son inexequibles las autorizaciones contenidas en los apartes b) y c) del artículo 1º de la Ley 3ª de 1930; el artículo 4º de la misma, ni el 6º de la Ley 89 de 1931. Tampoco lo son los Decretos ejecutivos números 1796, de 23 de octubre de 1930; 426, de 2 de marzo, y 1148 de 30 de junio de 1931.

Envíese copia de este fallo al señor Ministro de Gobierno para su publicación en el Diario Oficial.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **José Miguel Arango. Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo. Augusto N. Samper**, Secretario.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de única instancia—Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

El Concejo Municipal de Ibagué, en Resolución de fecha veinticinco de julio de mil novecientos treinta y uno, autorizó al señor Personero Municipal "para que otorgue poder al señor Félix A. Martínez para que éste, por sí o por medio de apoderado sustituto, siga el juicio contra la Nación y a favor de este Municipio, por lesión enorme de que adolece el contrato celebrado entre la Nación y el Personero Municipal de Ibagué, de fecha 4 de agosto de 1927, según escritura número 599, pasada ante la Notaría 2ª de esta ciudad, sobre venta de las zonas para estación y carrilera del ferrocarril del Tolima y por nulidades ya absolutas, ya relativas, que emanen de aquel contrato informal, y en fin, esas u otras acciones que invaliden aquel contrato y aquella escritura pública en que se hizo constar. Igualmente autorízase al señor Personero para que autorice al señor Martínez para transar, transigir, recibir y sustituír."

Otorgado el correspondiente poder al señor Martínez, éste a su vez lo sustituyó en el señor doctor José Luis Trujillo, quien haciendo uso del mandato conferido, en libelo de fecha primero de agosto de mil novecientos treinta y uno, demandó en juicio ordinario, en nombre del Municipio dicho a la República de Colombia o a la Nación colombiana, representada por el señor Procurador General de la Nación, para que se declare en sentencia definitiva:

"a) Resuelto, por estar afectado de nulidad relativa, el contrato de compraventa celebrado por el Municipio de Ibagué, como vendedor, representado por su Personero, con la República de Colombia o la Nación, como compradora, indebidamente representada por el Gerente del ferrocarril del Tolima, por medio de la escritura pública número 599, de 4 de agosto de 1927, de la Notaría 2ª de Ibagué, sobre dos lotes o globos de terreno ubicados en el indicado Municipio y determinados así: un lote de sesenta mil metros cuadrados (60,000)—seis hectáreas—ubicado en el sitio donde está construída la estación del ferrocarril del Tolima en aquella ciudad, cuya alinderación especial, de acuerdo con el plano levantado por el ingeniero de la Empresa del Ferrocarril, es la siguiente:

'Partiendo del punto marcado en dicho plano con la letra A, líneas AB., al Este, seis (6) metros treinta (30) centímetros BC. al Norte, en ochenta y cinco (85) metros; al Este, en ciento ocho metros (108); DE. al Norte, en diez (10) metros; EF. al Oriente, en ciento ocho (108) metros; FG. al Norte, en ciento treinta y cinco metros, veinte centímetros (135,20); GH. al Norte, en treinta (30) metros; HI. al Norte, en noventa y siete metros, sesenta centímetros (97,60); IJ. al Oeste, en noventa y nueve metros, setenta centímetros (99,70); JK. al Suroeste, en treinta y nueve metros sesenta centímetros (39,60); KL. al Suroeste, en ciento treinta y un (131) metros; LM. al Suroeste, en cincuenta metros, veinte centímetros (50,20); MN. al Suroeste, en catorce metros, sesenta centímetros (14,60); NO. al Suroeste, en siete (7) metros; OP. al Suroeste, en veintiún metros, setenta centímetros (21,70); PQ. al Sur, en veintiún metros (21); QR. al Sur, en noventa y tres metros, veinte centímetros (93,20); RS. al Este, en ciento veinticinco metros, cincuenta centímetros (125,50); y SA. al Este en veinte metros (20). Otro lote de treinta y siete mil trescientos sesenta metros cuadrados (37,360), ubicado en la misma ciudad, ocupado por la zona de la carrilera del ferrocarril, entre los kilómetros sesenta y tres con ochocientos cincuenta y cuatro metros (63-854) y el kilómetro setenta y cinco con setecientos veintidós metros (75-722), o sea una longitud de mil ochocientos sesenta y ocho (1,868) metros lineales, por veinte metros de ancho en toda su extensión, que corresponden a una área total de treinta y siete mil trescientos sesenta (37,360) metros cuadrados y que se encuentra deslindada así: por el Norte, Sur, Oriente y Occidente, con terrenos de propiedad del Municipio de Ibagué. Dicho contrato está afectado de nulidad relativa por adolecer del vicio de lesión enorme.'

"b) Rescindido por estar afectado de lesión enorme, el contrato de compraventa celebrado por el Municipio de Ibagué, capital del Departamento del Tolima, como vendedor, representado por su Personero, con la República de Colombia o la Nación, indebidamente representada por el Gerente del Ferrocarril del Tolima, como compradora, por medio de la escritura pública número 599, de cuatro de agosto de mil novecientos veintisiete, de la Notaría segunda de Ibagué, sobre dos lotes o globos de terreno ubicados en dicho Municipio, cuya cabida, situación y linderos aparecen en ese instrumento y se han dado en la petición a) de esta demanda.

"c) Que la Nación debe pagar al Municipio de Ibagué, en el término que la sentencia fijare, y si no conviene en la rescisión, la suma que fuere necesaria para completar el justo precio de los inmuebles vendidos, menos una décima parte.

"d) Que la Nación, si se llegare a la rescisión, deberá hacer entrega de los indicados inmuebles al Municipio de Ibagué, dentro del término que fijare la sentencia.

"e) Que la Nación debe pagar al Municipio de Ibagué los arrendamientos producidos o que debieran haber producido los inmuebles indicados, desde la fecha de la demanda hasta cuando se haga la devolución de ellos o se complete su justo precio.

"f) Que la Nación debe hacer entrega de los inmuebles a que se refiere este juicio, librándolos previamente de las hipotecas o limitaciones del dominio que sobre ellos hubiere constituído, de la fecha del contrato a la de la entrega.

"g) Que la Nación debe pagar al Municipio de Ibagué los daños o deterioros sufridos por los inmuebles y de los cuales haya sacado provecho la Nación demandada.

"h) Que se ordene al Notario segundo de Ibagué la cancelación de la escritura pública número 599, de 4 de agosto de 1927, y al Registrador de instrumentos públicos del Círculo respectivo la cancelación de la nota de registro correspondiente a la indicada escritura."

Como hechos fundamentales de la acción señaló éstos:

"Primero. Por escritura pública número 599, de 4 de agosto de 1927, de la Notaría segunda de Ibagué, la República de Colombia o la Nación compró al Municipio de Ibagué, capital del Departamento del Tolima, representado por el Personero, por la suma de tres mil pesos ($ 3,000), dos lotes o globos de terreno de propiedad del indicado Municipio, ubicados en esa ciudad, cuya cabida y linderos aparecen en la citada escritura y se dieron en la primera parte de esta demanda.

"Segundo. Los inmuebles vendidos a la Nación por el instrumento público número 599 supracitado, valían a la fecha del contrato de compraventa más del doble del precio que por ellos se dio.

"Tercero. Los inmuebles vendidos a la Nación por medio del instrumento número 599 tántas veces citado, no solamente valían más del doble del precio de venta, sino que valían a la fecha del contrato más de quince mil setecientos treinta y seis pesos ($ 15,736) moneda colombiana, que la Nación reconoció como justo valor del inmueble en el mismo instrumento público.

"Cuarto. El Personero Municipal de Ibagué, sin autorización legal suficiente, hizo cesión a favor de la Nación del mayor valor o precio de la cosa vendida, y por tal causa recibió como precio de venta para el Municipio de Ibagué únicamente la suma de tres mil pesos ($ 3,000) moneda corriente.

"Quinto. Con fecha 14 de septiembre de 1925 los señores Carlos Carvajal N. y Enrique Caicedo C., nombrados peritos avaluadores de los inmuebles por el Tribunal Contencioso Administrativo de Ibagué, avaluaron, según aparece de la citada escritura número 599; los mismos, en la cantidad de quince mil setecientos treinta y seis pesos ($ 15,736), dejando expresa constancia de que no era un avalúo comercial sino bajo; y que el avalúo 'aunque barato; si se tienen en cuenta las operaciones de venta,' se aproximaba más a la realidad de las cosas que otro convencional que se había dado anteriormente. Luego los inmuebles no sólo valían más del doble del precio de venta, sino que valían más de $ 15,736, a que se refiere el indicado avalúo.

"Sexto. Con fecho 15 de diciembre de 1925 el Consejo de Ministros aprobó la proposición con que terminaba el informe del señor doctor Carlos Bravo, Ministro de Industrias, según la cual no debía aprobar el Presidente de la República el indicado contrato, por adolecer de nulidades absolutas, de nulidades relativas, entre otras la proveniente de una clara lesión enorme.

"Séptimo. El Concejo Municipal de Ibagué, el día 26 de octubre de 1925, aprobó una simple proposición autorizando al Personero Municipal, según aparece de la citada escritura, para celebrar el contrato de compraventa y hacer cesión del mayor valor del inmueble, y el Concejo no estaba facultado legalmente para hacer la venta en esa forma ni para hacer cesión de bienes pertenecientes al Municipio, de acuerdo con lo que dispone el Código Político y Municipal.

"Octavo. El Personero Municipal de Ibagué estaba imposibilitado para hacer cesión del mayor valor del inmueble, y aunque tal cosa hubiera expresado en el instrumento respectivo, esa cláusula debe tenerse como no escrita, de conformidad con el artículo 1950 del Código Civil.

"Noveno. La Nación estuvo indebidamente representada en ese contrato por el señor Jacinto Caicedo R., como Gerente del Ferrocarril del Tolima, ya que la autorización que se le otorgó por el Ministerio de Obras Públicas en telegrama que obra en la citada escritura número 599, no confería legal representación, pues de acuerdo con el Decreto ejecutivo número 399 de 1923, era al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o a quien ese Ministerio designara, a quien le correspondía intervenir en esa clase de contratos."

Razones de derecho de la misma acción son las que aparecen en el libelo, expuestas así:

"El derecho a la acción que se intenta en esta demanda, lo otorga a mi poderdante el Municipio de Ibagué, el Capítulo 13 del Título 23, Libro IV del Código Civil, y las disposiciones concordantes y pertinentes de la misma obra sobre nulidad relativa de los contratos afectados de un vicio cualquiera, como también las de las leyes especiales sobre personería de las entidades de derecho público o entidades públicas.

"En efecto, el artículo 1946 del Código Civil dispone que el contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme, y el artículo 1947 de la misma obra define qué se entiende por lesión enorme, que no es otra cosa respecto del vendedor que el recibir como precio de la cosa vendida tan sólo una cantidad equivalente a la mitad o menos de su verdadero valor. De la simple lectura del instrumento público en que se hizo constar el contrato, aparece claramente que el valor de los inmuebles vendidos por el Municipio de Ibagué a la Nación, por medio de la escritura pública número 599, tántas veces citada, era mucho mayor en más del doble del precio que el vendedor, mi poderdante, recibió por él. Y no vale decir que en la misma escritura el Municipio, por medio de su personero, hizo cesión del mayor valor a la Nación, porque en primer término, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1950 del Código Civil, esa cláusula debe tenerse como no escrita, sea cual fuere el pretexto que se aduzca para explicarla, y además, por dos razones poderosas; la primera, porque toda cesión a título gratuito necesita insinuación de conformidad con el artículo 1458 del Código Civil, máxime cuando se trata de un menor de edad o persona asimilada a tál, en cuyo caso puede sostenerse que no puede haber lugar a donación. Como de conformidad con el artículo 1745 de la misma obra, las entidades de derecho público, como los Municipios y Departamentos, están asimiladas a menores o a personas bajo tutela o curaduría, esas entidades no pueden ceder o donar gratuitamente sus bienes y menos aún sin insinuación. Además, el Concejo Municipal no está facultado, de acuerdo con las funciones que le asigna la Ley 4ª de 1913, Código Político y Municipal, para ceder gratuitamente los bienes municipales. Por otro lado, la Nación estuvo indebidamente representada en el contrato, ya que el Ministerio de Obras Públicas, según el Decreto número 399 de 1923, no era el que debía intervenir en el contrato, sino el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"Es tan clara y terminante la acción y el derecho que asiste al Municipio de Ibagué en este negocio, que desde mucho antes de perfeccionarse el contrato, las entidades públicas y los funcionarios que en él intervinieron en una u otra forma, vieron claramente y dejaron constancia de que había una nulidad relativa por lesión enorme y nulidades absolutas consistentes en que un Municipio no puede hacer donación de sus bienes, y menos sin insinuación, y en que la Nación estaba indebidamente representada. Pero el deseo de complacer a una administración central o a determinado funcionario, llevó a los encargados de velar por la ley y por los derechos de las entidades de derecho público, a sacrificar la ley y los derechos.

"Y es tan claro este asunto, adolece de tantas nulidades absolutas por violación de la Ley 4ª de 1913, del Decreto 399 de 1923, del artículo 1458 y concordantes del Código Civil, que dada la integridad y rectitud del señor Procurador General de la Nación, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, habrá de pedir, en defensa de la ley y de la moral, se declaren esas nulidades, y la Suprema Corte, en virtud de esa disposición, habrá de declarar esas nulidades absolutas y las restantes que afectan dicho contrato.

"Fundado en todas las disposiciones legales que he citado en el cuerpo de esta demanda y en especial en lo que dispone el capítulo 13 del Título 23, Libro IV, artículos 1946 y siguientes del Código Civil y disposiciones concordantes, pido con todo respeto a la honorable Corte que en la sentencia final de este juicio se hagan las declaraciones que pido y las que son un claro derecho de mi poderdante, de acuerdo con esas disposiciones.

"Es la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de única instancia, la competente para conocer de este negocio, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 8º del artículo 40 del Código Judicial; el Título 10 del Libro 1º de la misma obra, y leyes que lo adicionan y reforman, y Ley 11 de 1930.

"De acuerdo con lo que disponen los artículos 267 y 931 del Código Judicial, manifesto no tener en mi poder los documentos y pruebas fundamentales de este negocio, pero que sus originales se encuentran en la Secretaría de la Presidencia de la República, en el archivo del Consejo de Estado; en el archivo del Concejo Municipal de Ibagué; en la Notaría 2ª de esa ciudad; en los Ministerios del Despacho o en sus archivos; en el Tribunal Contencioso Administrativo de Ibagué; en el archivo de la Gerencia del Ferrocarril del Tolima, y en la Sección de Ferrocarriles del Ministerio de Obras Públicas."

Admitida la demanda y corrido traslado al señor Procurador General de la Nación, este alto funcionario la contestó en estos términos:

"De la manera más atenta vengo a dar contestación a la demanda ordinaria propuesta ante esa Suprema Corte por el Municipio de Ibagué contra la Nación, mi representada en este caso. Empezaré por los hechos fundamentales propiamente dichos, para seguir con las razones de derecho y concluír con la parte petitoria, con el fin de presentar más clara y más lógica mi contestación.

"Hechos.

"Primero. Es verdad, por lo dicho en la escritura pública que se cita, que la Nación compró al Municipio de Ibagué dos lotes de terreno especialmente destinados a la construcción en ellos de una parte de la vía denominada Ferrocarril del Tolima y de la estación y talleres del mismo Ferrocarril en la ciudad de Ibagué.

"Segundo. No acepto este hecho como cierto, y me remito a lo que logre probar el demandante, porque no puedo contradecirlo ni afirmarlo, debido a que no conozco personalmente el valor que pudieran tener aquellos lotes de terreno a la fecha del contrato.

"Tercero. Tampoco le doy desde ahora mi asentimiento a este hecho, por cuanto ignoro, como ya lo dije en el anterior, el valor que tuvieran los lotes de terreno de que se trata.

"Cuarto. Los antecedentes del contrato explican suficientemente que el Personero de Ibagué no le hizo una cesión gratuita a la Nación. Ya veremos cuál es la verdadera situación jurídica que vino a crear ese contrato. Por este motivo niego la afirmación que hace el demandante como un hecho fundamental bajo el número cuarto.

"Quinto. Es verdad que en la escritura número 599 consta que se hizo un avalúo por los señores Carvajal y Caicedo, y que allí se dice lo que afirma el demandante. Pero en orden a la conclusión a que éste llega y que presenta como hecho fundamental, no la acepto, y me atengo a lo que se pruebe en el debate, ya que no tengo conocimiento de si ese avalúo fue bien o mal hecho.

"Sexto. Como no conozco el documento en que conste lo que el demandante asevera en este punto, no acepto tampoco como positivo el hecho sexto. Por lo demás, observo desde luégo que aquello no pasa de ser una simple apreciación del honorable Consejo de Ministros, susceptible, como todo concepto, de ser combatida si existen mejores razones, como creo tenerlas para este caso.

"Séptimo. No acepto este hecho porque en la afirmación que se hace allí hay una inexactitud. En efecto, la nota que consta en copia en la escritura de compraventa y en la cual nota se le comunicó al Personero la moción aprobada por el Concejo, sólo habla de autorización para celebrar el contrato sobre venta del lote necesario para estación y talleres del Ferrocarril y zona ocupada por la carrilera. Nada más.

"Octavo. No es un hecho propiamente lo que se consigna bajo este número. Es una apreciación que hace el demandante para deducir una cuestión de derecho. Por estos motivos no lo acepto.

"Noveno. No es cierto. Cuando se iniciaron las negociaciones de compraventa de los lotes de terreno en mención, el Ministerio de Obras Públicas estaba autorizado para ese efecto por el mismo decreto que cita el demandante; y cuando se llevó a cabo la negociación y se perfeccionó el contrato, ya regía otra disposición que hacía de cargo de ese Ministerio la adquisición de terrenos para construcción de ferrocarriles, estaciones, puentes, etc.

"Derecho, causa o razón do la demanda.

"La parte llamada 'derecho, causa o razón' de la demanda, la contradigo y rechazo en absoluto, porque no encuentro en las citas y razonamientos que ella contiene un sólo fundamento bastante a hacer viables las acciones propuestas; sin que valga a inclinarme en su

favor la sugestión que me hace el demandante para que pida, en defensa de la ley y de la moral, la declaración de nulidades que él cree hallar en el contrato, pues por el contrario, lo que considero inmoral es que vengan ahora los representantes de una entidad que luchó por celebrar ese contrato para recibir un beneficio, a querlo destruír después de haberse lucrado de sus efectos.

"Parte petitoria.

"Negados como tengo los hechos fundamentales, y rechazado el derecho y también la causa y la razón de la demanda, es natural que me oponga, y en efecto me opongo perentoriamente a que se hagan todas y cada una de las declaraciones pedidas por el demandante.

"Servíos dar por contestada la demanda en la forma y términos anteriores, y recibir a pruebas el juicio, porque necesito toda la amplitud del debate para demostrar hasta dónde es injusto y temerario este pleito propuesto contra mi representado."

Trabada así la litis, habiendo hechos qué probar, se llamó a pruebas el juicio, y se practicaron las que ambas partes tuvieron por conveniente aducir; allegados los alegatos de conclusión y citadas las partes para sentencia, se procede a dictar la que corresponda según la situación jurídica en que las partes se hayan colocado después de la controversia.

Según el artículo 1947 del Código Civil, "el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

"El justo precio se refiere al tiempo del contrato."

Afirma el actor que el precio de los dos lotes vendidos es inferior a la mitad del justo precio en el momento de la venta, y para demostrar su aserto aduce las siguientes pruebas:

A) La escritura número 599, en que consta el contrato de compraventa que hoy se controvierte, debidamente registrada, en la que se hallan estas declaraciones de las partes contratantes:

Del Personero Municipal autorizado por el Concejo:

"**c)** Que para llenar los requisitos legales sobre transmisión directa de bienes municipales que prescriben los artículos once y doce de la ley setenta y uno (71) de mil novecientos diez y seis (1916), que reforman en parte los artículos doscientos uno (201) y doscientos tres (203) y doscientos cuatro (204) de la Ley cuarta (4ª) de mil novecientos trece (1913), sobre régimen político y municipal, se practicó el avalúo judicial correspondiente a los lotes de terreno descritos en el numeral **a)** que antecede, avalúo éste que se precisó en la suma de tres mil pesos ($ 3,000), moneda corriente, de que trata el mismo numeral;

"**d)** Que de conformidad con el concepto aprobado por el honorable Consejo de Ministros con fecha trece (13) de octubre de mil novecientos veinticinco (1925) y la autorización de que se ha hecho mérito, hace cesión a favor de la Nación de la suma de doce mil setecientos treinta y seis pesos ($ 12736), moneda corriente, o sea del mayor valor que corresponde a las zonas de terreno de su propiedad, entre el avalúo pericial que determinó el precio de tres mil pesos ($ 3,000) moneda corriente y el avalúo practicado por peritos nombrados por el Tribunal Seccional de lo contencioso administrativo de Ibagué, en virtud de delegación que a éste confirió el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo), para llenar la formalidad prescrita por la Ley ciento treinta (130) de mil novecientos trece (1913); y

"**e)** Que dicha cesión la estima como compensación del beneficio que recibió con la construcción de la estación, razón por la cual la hace sin restricción alguna y sin reservarse derechos futuros de ninguna clase."

Segundo. La Nación declara:

"**a)** Que acepta la cesión que a título de venta le hace el Municipio de Ibagué, del lote de terreno ubicado en el sitio donde está construída la estación del ferrocarril en esta ciudad y de la zona de carrilera, de conformidad con la extensión, condiciones, forma y alinderación que consta en la cláusula primera de esta escritura;

"**b)** Que acepta como precio de dicho lote la suma de tres mil pesos ($ 3,000) moneda corriente, que pagará al Municipio de Ibagué en moneda corriente, de contado;

"**c)** Que acepta la cesión que el Municipio de Ibagué le hace del mayor valor del avalúo practicado por los peritos nombrados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Ibagué, en los términos precisados en el punto **d)** de la cláusula primera de esta escritura;

"**d)** Que se obliga a indemnizar por conducto de la Gerencia del ferrocarril del Tolima, a los inquilinos municipales, el valor de las mejoras establecidas dentro de los lotes de terreno vendidos, en el caso de que alguno de éstos compruebe que dicha indemnización no se ha efectuado por parte del ferrocarril;

"**e)** Que en el caso de que la Empresa del Ferrocarril del Tolima esté en posesión de mayor extensión de terreno de propiedad municipal de la determinada en la cláusula primera de esta escritura, el Municipio de Ibagué podrá adquirirla inmediatamente sin lugar a indemnizar las mejoras que allí se hayan establecido;

"**f)** Que los tapiales o cercos que hayan de construírse para encerrar los terrenos que el Municipio de Ibagué le vende por medio de esta escritura, los hará a su costa, sin que la entidad municipal tenga otra intervención que la de precisar qué tapiales o cercos se construyan por los linderos establecidos en el cuerpo de esta escritura y en los planos respectivos;

"**g)** Que construirá en acuerdo entre el Gerente del Ferrocarril del Tolima y el Ingeniero Director de obras públicas municipales de Ibagué, en puntos convenientes, los pasos a nivel necesarios para que en ningún caso queden interrumpidas las vías públicas o las obras de que trata el artículo octavo (8º) de la Ley setenta y seis (76) de mil novecientos veinte (1920)."

B) El dictamen pericial a que este instrumento se refiere, aparece inserto en él y dice, refiriéndose a la superficie de los dos lotes mencionados:

"..... hemos convenido en avaluarla en la suma de tres mil pesos ($ 3,000) moneda corriente. Hacemos constar que este avalúo no es un avalúo comercial sino únicamente el fruto por una parte de la imposibilidad del ferrocarril para hacer una erogación mayor, y por otra, del generoso desprendimiento del Municipio de Ibagué en favor de una obra nacional, en cuya terminación finca sus grandes esperanzas."

C) El dictamen de los peritos Enrique Isaacs, Alberto Camacho Angarita y Heli Moreno Otero, quienes exponen:

".... examinámos e identificámos la zona o lote de terreno en su perímetro, el lote cuya área es de seis (6) hectáreas, de conformidad con el plano elaborado por el doctor Jorge Navia, que lleva el visto bueno del Gerente doctor Jacinto Caicedo, fechado en Flandes, en el mes de marzo de 1925; después de tomar en consideración la situación de este terreno en relación con lotes situados en otros puntos de la ciudad de Ibagué, y examinados los precios alcanzados en la época a que se refiere el pedimento que ha dado origen a esta diligencia, hemos llegado a la conclusión de que el terreno comprendido dentro de la alinderación consignada en el punto A del memorial de pruebas transcrito por la Corte al señor Juez comisionado, tuvo en el mes de agosto de 1927 y además en la época comprendida en un año antes y un año después, o sea en agosto de 1926 a agosto de 1928, precisamente en el período en que mayor valor alcanzaron las propiedades raíces, tuvo, repetimos, un valor de dos pesos el metro cuadrado, o lo que es lo mismo, de ciento veinte mil pesos las seis hectáreas de terreno comprendidas dentro de la alinderación mencionada. Para llegar a esta conclusión, además de los elementos que tuvimos en cuenta y de que acabámos de hablar, obtuvimos un promedio de precios para los distintos puntos del área a que nos referimos, según su mayor o menor proximidad a la parte más comercial de la ciudad. En cuanto al lote de treinta y siete mil trescientos sesenta metros (37,360 m.) cuadrados, ocupados por la zona de la carrilera del ferrocarril entre los kilómetros 73, con ochocientos cincuenta y cuatro metros (no 63, como dice el despacho), y el kilómetro 75, con setecientos veintidós metros, llegámos a las siguientes conclusiones: estimámos que en la misma época citada en lo que se refiere al lote anteriormente avaluado, cada metro cuadrado, en promedio, de estos treinta y siete mil sesenta metros, valió a cincuenta centavos ($ 0-50), o sea, en total, diez y ocho mil seiscientos ochenta pesos ($ 18,680). Para sacar este promedio tuvimos en cuenta la situación de las distintas partes de la zona y los distintos valores de ellas a medida que aumenta la distancia que las separa del centro urbano, y tomámos en consideración los mismos factores de precio que rigieron, valorización, calidad, etc., que tuvimos en cuenta al avaluar el lote primeramente enunciado. En cuanto se refiere a los lotes de terreno que se alinderan en el punto c) del memorial de pruebas, examinámos primeramente en la Notaría primera de este Circuito las escrituras públicas en que constan las compraventas efectuadas entre Alberto París y Ramón Vila y José Antonio Romero y la sociedad Torres & Torres, y luégo, los lotes de terreno materia de tales compraventas, elementos con los cuales llegámos a la conclusión de que dichos lotes o propiedades sí están situados en los alrededores del perímetro de la zona de la estación, primeramente identificada y avaluada en esta diligencia, pudiendo agregar que entre el lote vendido por París a Vila y el perímetro de la zona, hay una distancia aproximada de doscientos cuarenta metros, y que el lote vendido por Romero a Torres & Torres al perímetro de la zona citada, hay unos cincuenta metros de distancia."

D. La escritura pública número 68, otorgada ante el señor Notario primero del Circuito de Ibagué, el diez y seis de enero de mil novecientos veintiocho, y en la cual consta el contrato de compraventa celebrado entre José Antonio Romero y Torres & Torres, y relativo a varios derechos de dominio sobre mejoras consistentes en edificaciones, materias, etc., etc., que el vendedor tiene sobre terrenos que reconoce como de propiedad del Municipio de Ibagué.

E. La escritura pública número 175, otorgada ante el mismo Notario, el trece de abril de mil novecientos veinticinco, y en la que aparece formalizado el contrato de compraventa celebrado entre Alberto París y Ramón Vila y relativo a una casa de bahareque y paja con su solar, que mide mil metros cuadrados y que tuvo como precio la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2,500) oro.

F. Las declaraciones juradas de los testigos Josué Isaacs, José Antonio Romero, Alberto G. Rubio, Emilio Perdomo, Alberto Torres G., Joaquín Ferreira, Luis E. Acosta D. y Deogracias Cuéllar T., quienes uniformemente dicen que por haber sido propietarios unos, y por conocimiento personal directo y mediante observación propia del movimiento de propiedades raíces en Ibagué en el año de mil novecientos ventisiete y con más precisión en el mes de agosto de dicho año, les consta que el precio mínimo de un metro cuadrado de terreno, en el sitio, lugar o zona ocupada hoy por la estación del ferrocarril del Tolima, en Ibagué, era en el año dicho, de uno con cincuenta a dos pesos el metro cuadrado, y que el globo de terreno donde hoy está edificada la estación dicha, valía en el mes de agosto de mil novecientos veintisiete, de un peso con cincuenta centavos a dos pesos por metro cuadrado; que por las mismas razones les consta que el terreno ocupado por la carrilera del mismo ferrocarril valía en dicho mes de agosto por lo menos de sesenta centavos a un peso por metro cuadrado.

Para determinar la fuerza probatoria de estas demostraciones, se hace preciso tener en cuenta:

Según los términos de las declaraciones hechas en la escritura de compraventa que ahora se controvierte, el Personero Municipal de Ibagué, en nombre del Municipio por él representado y con autorización del Concejo, hizo cesión "a favor de la Nación, de la suma de doce mil setecientos treinta y seis pesos moneda corriente, o sea del mayor valor que corresponde a las zonas de terreno de su propiedad entre el avalúo pericial que determinó el precio de tres mil pesos moneda corriente y el avalúo practicado por peritos nombrados por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Ibagué." De suerte que así se comprueba de manera irrefragable que evidentemente los lotes de terreno que entonces fueron materia del contrato valieron la suma de quince mil setecientos treinta y seis pesos, que aparece fijada por los peritos, y de esta manera podría concluírse que la acción estaba demostrada; empero, como en la misma escritura pública aparece también como declaración hecha por el Personero Municipal, autorizado por el Concejo, que la cesión dicha "la estima como compensación del beneficio que recibió con la construcción de la estación, razón por la cual la hace sin restricción alguna y sin reservar derechos futuros de ninguna clase," sin decidir todavía acerca de la validez de la cesión en sí misma, debe concluírse que el mayor valor de los lotes fue estimado como

compensación de los beneficios que el Municipio obtuvo con la construcción del ferrocarril y su estación en la ciudad de Ibagué.

Y aunque se negara este fundamento de la compensación, de otro lado también se demuestra con las cargas que la Nación asumió según el contrato que se analiza, comprometiéndose a "indemnizar por conducto de la Gerencia del Ferrocarril del Tolima a los inquilinos municipales, el valor de las mejoras establecidas dentro de los lotes de terreno vendidos, en el caso de que algunos de éstos comprueben que dicha indemnización no se ha efectuado por el ferrocarril," y a construír los tapiales o cercos necesarios "para encerrar los terrenos que el Municipio le vende, sin que la entidad municipal tenga otra intervención que la de precisar que tales tapiales o cercos se construyan por los linderos establecidos."

Aparece además del citado instrumento que la compraventa se realizó cuando ya estaba construída la estación sobre el lote vendido y el otro lote, a que el contrato se refiere, estaba también ocupado con la carrilera cuando se hizo la tradición de él en beneficio de la Nación.

Según lo observa acertadamente el señor Procurador General de la Nación:

"Consta suficientísimamente de autos, que sobre el terreno vendido por el Municipio había construído la Nación la estación del ferrocarril, bodegas, carrilera, tanques y otras obras. Así se ve en el contrato mismo donde, al delimitar el terreno, se señala que en él la Nación tenía las construcciones dichas, y en la cláusula primera, aparte c), las partes contratantes dan por edificada ya la estación; así lo declaran los testigos, así conceptúan los peritos en la inspección ocular de diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y uno, así lo muestran varios documentos más de este proceso. Plenamente establecido está también que dichas edificaciones y obras fueron construídas no sólo a ciencia y paciencia del Municipio de Ibagué, sino aun merced a la insistencia infatigable de su parte. Para prueba de ello basta citar la Resolución de fecha 28 de julio de 1925, aprobada por el honorable Concejo de Ibagué, y la de 27 de octubre del mismo año; las solicitudes al respecto hechas por la Gobernación, la Cámara de Comercio, el Presidente del Cabildo, y las declaraciones de varios testigos a los cuales les consta los esfuerzos que hizo el Municipio porque la construcción de la estación, carrilera y demás obras se llevara a cabo por la Nación en el terreno suyo. Este hecho está, además, aceptado por la parte demandante.

"Está, pues, establecido que el terreno que el Municipio enajenó no era un terreno libre, sino que estaba sujeto a la limitación jurídica que se origina a virtud de construcciones hechas por mano ajena, a ciencia y paciencia de su dueño. El Municipio no tenía la posesión absoluta de los lotes vendidos; para obtenerla, le hubiera sido necesario pagar a la Nación el valor de la estación, la carrilera, los tanques, las bodegas, etc., las demás obras que ésta había levantado; porque al tenor del inciso segundo del artículo 739 del Código Civil, "si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera." Y la Nación tenía el derecho de permanecer en el uso y goce de las obras construídas hasta tanto que esta compensación se llevara a cabo. ¿No es claro que una limitación en el goce, cual la que se ha indicado, tiene que limitar de manera extraordinaria el valor comercial de un terreno?

"Pues bien, los peritos que lo avaluaron en la cantidad de ciento treinta y ocho mil seiscientos ochenta pesos, no tuvieron en cuenta esta limitación que pesaba sobre el dominio y posesión de ese terreno, y no tenían que tenerla en cuenta, pues el apoderado de la parte demandante bien se cuidó de no exigirles dictamen al respecto y ellos por sí solos no tenían que investigar las limitaciones y gravámenes legales que podrían pesar sobre lo avaluado. Desconocido de autos, como lo está, el valor de este gravamen o limitación en el dominio o goce, está por consiguiente desconocido el valor verdadero del terreno, dada la situación jurídica en que se hallaba, y no es por lo tanto posible saber si ha habido o nó una lesión enorme en el contrato.

"Pero hay más: la Nación, como lo he dicho, por razón de las construcciones, edificios y obras construídas a ciencia y paciencia del dueño del terreno, además del derecho de uso y goce que tenía sobre él hasta tanto que se le cubriera el valor de las construcciones, tenía, en caso de que éstas no le fueran pagadas por el demandante, el derecho a que se le abonara, al tenor del inciso tercero del artículo 966 del Código Civil, lo que en virtud de ellas valiera más el lote enajenado. Por consiguiente, si con respecto a terceros había que descontar del precio el valor de las construcciones y edificios, con respecto a la Nación había que descontar además la mayor valía por razón de las mejoras construídas por ella a que ella tenía derecho, en el caso citado de que no se le reconocieran sus mejoras. No habiéndose, pues, estimado, por no haberse tampoco pedido, en la prueba pericial practicada a solicitud del demandante, estos derechos que sobre el terreno la Nación tenía y que ya no pertenecían al Municipio, no puede saberse el verdadero valor del inmueble al tiempo de la enajenación, y por lo tanto no es posible conocer si se dio o nó lesión enorme."

La Corte acoge esta exposición para deducir de ella estas consecuencias:

Por virtud de la accesión reconocida por el artículo 739 del Código Civil, se establece sobre el terreno en que otro ha plantado, sembrado o edificado, a ciencia y paciencia del dueño del terreno, una propiedad que obliga al dueño del terreno, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera. Y no puede suceder otra cosa desde luégo que la tolerancia del propietario del terreno a que otro plante, siembre o edifique en lo suyo, es una aquiescencia tácita que compromete su responsabilidad patrimonial en beneficio de quien incorpora sus actiyidades y capital en terreno ajeno: puede decirse que se establece una copropiedad confirmada por la tácita declaración de una voluntad revelada por el obrar de ambos propietarios, el del que planta, siembra o edifica, y el de quien deja que todo esto se haga en su propio terreno. Y como es lógico y jurídico que ese obrar consciente produzca algún efecto, por ello la ley declara la existencia de prestaciones mutuas entre los propietarios. De manera que aunque la compraventa de que aquí se trata no se hubiera realizado, para que el Municipio hubiera podido recobrar el terreno en las circuns-

tancias apreciadas, hubiera sido menester que pagara el valor de los edificios y demás obras realizadas por la Nación sobre los lotes de que aquí se trata, con el consentimiento tácito del Municipio, dueño del terreno.

Ahora bien: existiendo en la actualidad el contrato de compraventa de tales terrenos, y demostrado como se halla aquel consentimiento; habida en cuenta la consideración de que la compraventa se verificó cuando ya las obras estaban ejecutadas o construídas, es evidente, como lo alega el señor Procurador, que para determinar el valor de los lotes o zonas vendidas era preciso descontar el valor de los capitales invertidos y el incremento que por consecuencia de tales obras e inversiones hubieran tenido no sólo las zonas ocupadas, sino también las demás que el Municipio conservó para sí después de las construcciones hechas por la Nación y después del contrato de compraventa de que se trata.

Y esta consecuencia no tiene el menor viso de arbitrariedad: al contrario, se halla confirmada por las declaraciones del mismo vendedor, quien, en el respectivo contrato, hizo constar que la cesión del mayor valor de las zonas de terreno vendidas "la estima como compensación del beneficio que recibió con la construcción de la estación, razón por la cual la hace sin restricción alguna y sin reservarse derechos futuros de ninguna clase." Luego el consentimiento del Municipio de Ibagué para que la Nación, aun antes de verificarse el contrato de compraventa, edificara y construyera en los terrenos de su propiedad, tuvo por fundamento o causa el interés del Municipio, y la cesión del mayor valor fue una verdadera compensación, reconocida con base en aquella comunidad de intereses establecidos de antemano y de buena fe por ambas partes contratantes; compensación que tuvo en cuenta las obligaciones que el Municipio debía cumplir en el caso de que pretendiera recobrar el terreno ocupado con su consentimiento por la Nación.

Y refiriendo este orden de ideas a la acción rescisoria por lesión enorme a que este pleito dice relación, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1947 del Código Civil, según el cual "el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende," y "el justo precio se refiere al tiempo del contrato," debe admitirse que en el presente caso y por la falta de apreciación de las circunstancias jurídicas de la cosa vendida, en el momento en que lo fue, no está demostrado ese justo precio. O en otros términos; como los lotes de terreno—materia de las estipulaciones sobre compraventa entre el Municipio de Ibagué y la Nación—estaban menoscabados en su precio por los derechos que la Nación había adquirido a virtud de las edificaciones y construcciones hechas a ciencia y paciencia del Municipio propietario, y como los peritos que los avaluaron no tuvieron en cuenta ese menoscabo sino que los estimaron desde un punto de vista meramente comercial y sin tener en cuenta el precio de las otras obligaciones que además del pago del precio estipulado, adquirió la Nación y que aparecen mencionadas en el respectivo contrato, hay que concluír que el dictamen aducido como prueba es deficiente y no demuestra la realidad jurídica necesaria para que la acción prospere; no aparece demostrado el verdadero valor de la cosa materia de la venta, porque lo que se apreció no fue la cosa vendida según el contrato, sino otra distinta jurídicamente de ella.

Estos antecedentes autorizan también para reconocer que como la cesión del mayor valor hecha por el vendedor tuvo carácter compensatorio, no procede tampoco la acción rescisoria con fundamento en la nulidad alegada, ya que en el presente caso y por obra de los mismos antecedentes expuestos, no se trata de donación o de simple liberalidad que haga aplicable la disposición del artículo 1950 del Código Civil, según el cual debe tenerse por no escrita la cláusula en que se exprese la donación del exceso del precio. De consiguiente, tampoco es el caso de estudiar lo relativo a la nulidad por incapacidad para donar por parte del Municipio, ya que esta aseveración se funda en el concepto de que se trata de una cesión gratuita, cosa que en realidad no existe en este caso.

También se alega la nulidad del contrato porque al celebrarlo la Nación estuvo indebidamente representada por el Gerente del Ferrocarril del Tolima, debiendo serlo, según el criterio del demandante, por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el Decreto número 1704 de 1923. Empero, sobre este particular debe tenerse en cuenta que el Decreto número 124 de 1925, en su artículo 1º, estatuyó:

"Derógase el numeral 22 del Decreto número 1704 de 13 de diciembre de 1923, en lo referente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En lo sucesivo cada Ministerio refrendará los contratos de su ramo, de conformidad con las prescripciones legales."

También el Decreto 1124 de 1925 dispuso:

"Artículo único. La compra de fajas de tierra para la construcción de ferrocarriles, estaciones, puentes, etc., se hará por conducto del Ministerio de Obras Públicas."

A la luz de estas disposiciones y además si se tiene en cuenta que según el artículo 1743 del Código Civil, aun en el caso de que la nulidad realmente existiera, no podría alegarse sino por la entidad en cuyo beneficio la ha establecido la ley, en este caso por la Nación, hay que concluír que tampoco es el caso de reconocer la existencia de tal nulidad porque no aparece demostrada.

Como consecuencia de estas consideraciones, la Corte Suprema, Sala Civil de única instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en el libelo de demanda de que se ha hecho mérito, y como consecuencia absuelve a la Nación de todos los cargos que le aparecen formulados en dicho libelo.

Publíquese, cópiese y notifíquese; insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente archívese el proceso.

LUIS F. ROSALES—**José Miguel Arango—Enrique A. Becerra—José Joaquín Hernández—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre seis de mil novecientos treinta.

Vistos:

Gustavo Albornoz G. y Hernando Villa, el primero como Personero Municipal de Girardot y el segundo en su propio nombre, desisten incondicionalmente de los recursos de casación que habían interpuesto contra la sen-

tencia del Tribunal de Bogotá, que había puesto fin a los litigios que adelantaban sobre el cumplimiento del contrato sobre luz y agua.

Como el desistimiento reúne las condiciones legales, la Corte lo admite, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y declara ejecutoriada la sentencia del Tribunal de Bogotá, de fecha septiembre diez de mil novecientos veintiocho. Sin costas por haber desistido ambas partes.

Notifíquese.

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre once de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

En este juicio ordinario promovido por el señor Francisco A. Arango, contra el señor Ramón Zuluaga y otros, dictó sentencia el Tribunal Superior de Manizales el veintiséis de junio de mil novecientos veintinueve.

El apoderado del demandado Zuluaga interpuso recurso de casación; pero no lo fundó ante el Tribunal.

A la Corte mandó un memorial de casación, junto con el expediente.

Aquí se decretó el traslado por treinta días al recurrente para que fundara el recurso y dicho recurrente no hizo uso de él.

Profesa esta Superioridad la doctrina de que es perentorio el término que la ley concede al recurrente para fundar el recurso (treinta días, según el artículo 151 de la Ley 40 de mil novecientos siete); de suerte que no vale hacerlo ni antes (como no sea ante el Tribunal en el término de quince días a que se refiere el artículo 3º de la Ley 90 de mil novecientos veinte), ni después. (Véase el número 303 del tomo 2º de la *Jurisprudencia de la Corte Suprema,* y el número 486 del tomo 3º).

Con arreglo al artículo 10 de la citada Ley 90, si el recurso no se funda oportunamente ni ante el Tribunal ni ante la Corte, ha de declararse desierto, y tal es lo que sucede en el caso presente.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal de Manizales en la fecha susodicha.

Son de cargo del recurrente las costas que se hubieren causado.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre trece de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

El doctor Faustino Molano, en escrito de diez y seis de marzo de mil novecientos veintiséis, que fue repartido al Juzgado primero del Circuito de Bogotá, y en ejercicio del poder que le confirió la señora Sixtina Ruiz viuda de Sánchez, dijo:

"Establezco en nombre y representación de mi poderdante, contra la sociedad anónima denominada *Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca,* domiciliada en esta ciudad y representada por su Gerente, que lo es en la actualidad el señor Julio Escobar B., mayor de edad y vecino de Bogotá, demanda por la vía ordinaria, con acción personal, sobre el reconocimiento y pago del valor de la cuota del seguro obligatorio a que está obligada la Compañía demandada y a que tiene derecho mi mandante y sus hijos legítimos como herederos del señor Julio Sánchez C., empleado que fue de la Compañía, que estuvo a su servicio y murió en ejercicio del empleo.

"En tal virtud, pido atentamente al señor Juez que, con citación y audiencia del representante legal de la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca, actualmente el señor Julio Escobar S., en su calidad de Gerente, o de quien ejerza el expresado cargo, y mediante la tramitación de un juicio ordinario de mayor cuantía, se sirva declarar en sentencia definitiva lo siguiente:

"Primero. Que la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca está obligada a pagar a mi mandante como cónyuge sobreviviente del señor Julio Sánchez C. y a sus hijos legítimos, dentro de los seis días siguientes a la notificación del fallo, la cantidad de dos mil cuatrocientos pesos oro colombiano ($ 2,400), equivalente al valor de la cuota del seguro obligatorio a que tenía derecho el ex-empleado de la Compañía Julio Sánchez C., muerto a su servicio;

"Segundo. Que la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca, está obligada a pagar a los herederos de su ex-empleado Julio Sánchez C., los perjuicios que les ha causado por la mora en el pago del valor de la cuota del seguro obligatorio, contados desde el día siguiente de la defunción, o sea desde el cinco de mayo de mil novecientos veinticuatro. El valor de los perjuicios, por tratarse de dinero no pagado, debe ser el interés corriente más alto de la plaza que regía el día siguiente de la defunción de Julio Sánchez C., interés que será fijado oportunamente en el curso del juicio;

"Tercero. Subsidiariamente que se condene a la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca, a pagar los intereses legales al seis por ciento anual, sobre la cuota del valor del seguro desde el día siguiente de la defunción de su ex-empleado Julio Sánchez C., o sea desde el cinco de mayo de mil novecientos veinticuatro, hasta que se verifique el pago;

"Cuarto. Que pague la Compañía demandada las costas del juicio si entra a sostenerlo.

"Fundo esta demanda en lo que disponen las Leyes 37 de 1921 y 32 de 1922, que imponen a las empresas la obligación de pagar a sus empleados y obreros la indemnización o cuota del valor del seguro obligatorio, o el de contratar el seguro en una Compañía nacional o extranjera o el de constituirse ellas mismas en entida-

des aseguradoras. Y que la omisión de estas obligaciones las hace responsables directamente del riesgo y consecuencialmente del pago del valor de la cuota del seguro obligatorio de sus empleados, porque de lo contrario sería derivar una ganancia o librar a una empresa o persona de sus obligaciones, admitiéndole en descargo el haber faltado ella misma a los requisitos y formalidades que le imponen las leyes, y es bien sabido que nadie puede enriquecerse a costa ajena o aprovecharse de su propia inmoralidad. Además de las leyes citadas, fundo el derecho en el Decreto ejecutivo número 502 de 1923, en las disposiciones pertinentes del Código de Comercio y leyes reformatorias, en el inciso 1º del artículo 18, Ley 153 de 1887, artículos 58 y 59 de la Ley 149 de 1888, y artículos 27, 28 y 31, y concordantes del Código Civil.

"Los hechos generadores de la presente demanda son los siguientes:

"1º La Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca se fundó como sociedad comercial anónima según escritura pública número 2192 de fecha quince de octubre de mil novecientos veinte, otorgada ante el Notario 3º de esta ciudad, con capital privado aportado en acciones de $ 20 cada una;

"2º El capital de la Compañía demandada fue aportado por personas naturales, y entre los accionistas de la Compañía desde la época de su fundación no ha figurado el Departamento de Cundinamarca;

"3º La Compañía demandada como sociedad anónima, se fundó con un capital de $ 2,000, dividido en acciones de $ 20 cada una, y días después de su fundación reformó sus estatutos para elevar el capital de la Compañía a $ 200,000, dividido también en acciones de $ 20 cada una; dedicándose a especulaciones comerciales;

"4º La Compañía demandada, como sociedad comercial anónima y como entidad jurídica, es distinta del Departamento de Cundinamarca, pues tal entidad nunca ha sido accionista de la Compañía;

"5º La Compañía demandada, al fundarse como sociedad anónima comercial, no fijó tiempo para su duración;

"6º La Compañía demandada se fundó como sociedad anónima comercial, con dinero privado aportado por personas naturales, y en la elaboración y aprobación de sus estatutos no ha tenido ingerencia el Departamento de Cundinamarca;

"7º La Compañía demandada, de conformidad con sus estatutos ha funcionado legalmente, con una Asamblea General de Accionistas, con una Junta Directiva y un Gerente; y se ha dedicado al comercio;

"8º La Junta Directiva de la Compañía demandada, durante algún tiempo, nombraba libremente a todos los empleados de la misma y al mismo Gerente;

"9º La Junta Directiva de la Compañía demandada durante todo el tiempo que nombraba los empleados de la Compañía y les asignaba sueldos lo hacía independientemente del Depatramento de Cundinamarca;

"10. La Junta Directiva de la Compañía demandada o su Gerente, nombró independientemente de toda entidad o persona, al señor Julio Sánchez C., con el cargo de Visitador General de las Rentas y le asignó sueldo;

"11. La Junta Directiva o el Gerente de la Compañía demandada nombraba y removía libremente a todos sus empleados y les asignaba sueldos;

"12. El nombramiento de los empleados de la Compañía demandada, no se consultaba con persona o entidad distinta de la misma Compañía;

"13. La Compañía demandada nombró libremente, sin consultarlo con entidad distinta, para empleado de la misma, al señor Julio Sánchez C., y le asignó sueldo por sus servicios, sueldo que le pagaba personalmente en dinero tomado unas veces de la Caja y otras en cheques girados por la Gerencia contra bancos de la ciudad;

"14. La Compañía demandada, en su carácter de sociedad anónima comercial y que tenía a su servicio muchos empleados y obreros, estaba obligada a asegurarse en una Compañía de Seguros, o a constituírse ella misma en entidad aseguradora, para responder por el valor de la cuota del seguro obligatorio por muerte de alguno de sus empleados y obreros;

"15. La Compañía demandada contrató los servicios del señor Julio Sánchez C., para empleado de la misma, y le asignó como única remuneración la suma de doscientos pesos mensuales, cantidad con la cual debía atender a sus gastos de movilización cuando tenía que ausentarse de esta ciudad por razón de su empleo o por orden de la Gerencia de la Compañía;

"16. El ex-empleado de la Compañía demandada, señor Julio Sánchez C., desempeñaba el cargo para el cual fue nombrado, en los meses de abril y mayo de mil novecientos veinticuatro;

"17. El ex-empleado de la Compañía de Rentas de Cundinamarca, señor Julio Sánchez C., se ausentó en el mes de abril de mil novecientos veinticuatro de esta ciudad, por razón de su empleo y en ejercicio de sus funciones;

"18. El ex-empleado de la Compañía demandada, señor Julio Sánchez C., hizo un viaje en el mes de abril de mil novecientos veinticuatro a la región de Sumapaz, por cuenta de la Compañía, de donde regresó enfermo de algún cuidado;

"19. El ex-empleado de la Compañía demandada, señor Julio Sánchez C., regresó de la región que visitaba por cuenta de la Compañía, a fines del mes de abril de mil novecientos veinticuatro, y murió el día cuatro de mayo del mismo año, siendo empleado de la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca;

"20. El ex-empleado señor Julio Sánchez C., muerto el día cuatro de mayo de mil novecientos veinticuatro al servicio de la Compañía demandada, figuró en la nómina de los empleados de la Compañía en el mismo mes;

"21. La nómina de sueldos o salarios de la Compañía demandada excedía mensualmente de mil pesos moneda corriente;

"22. La Compañía demandada a pesar de su obligación no ha pagado hasta la fecha el valor de la cuota del seguro obligtorio a los herederos de su ex-empleado señor Julio Sánchez C.;

"23. El Ministerio de Industrias, por Resolución de fecha seis de octubre de mil novecientos veinticuatro, ordenó a la Compañía demandada, pagar el valor del seguro al cónyuge sobreviviente del señor Julio Sánchez, orden que la Compañía no ha querido cumplir;

"24. La Compañía demandada, a fin de burlar el pago del seguro a los herederos del señor Julio Sánchez C., acusó la Resolución del Ministerio de Industrias ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, pidiendo su suspensión, sin obtenerlo;

"25. La Resolución ministerial de seis de octubre de mil novecientos veinticuatro, está en firme."

El Gerente de la empresa demandada contestó diciendo:

"Me opongo a que se hagan las declaraciones pedidas en la demanda, y niego el derecho, causa o razón de ella.

"El señor Julio Sánchez no fue empleado de la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca. Dicho señor fue empleado del Departamento de Cundinamarca, como Visitador General de las Rentas de Licores, Degüello y Tabaco, cargo del cual tomó posesión ante la Secretaría de Hacienda de este Departamento. El señor Sánchez era empleado público y no empleado particular. La Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca, como mandataria del Departamento que era, hacía los nombramientos de esos empleados, por delegación expresa del Gobernador; pero esto no le quita al empleado nombrado el carácter de empleado público.

"La Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca no tenía el carácter de permanente, ella se organizó por tiempo fijo y determinado, únicamente para administrar tres rentas de propiedad de Cundinamarca, como mandataria de dicho Departamento.

"El señor Sánchez no fue empleado de ninguna empresa comercial, industrial ni agrícola.

"El señor Sánchez fue un empleado público con jurisdicción y mando; los empleados particulares nunca pueden ejercer jurisdicción y mando.

"El señor Sánchez devengó en el año en que murió un sueldo mayor de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2,400)."

Los hechos los contempló (sic), así:

"1º Es cierto que se constituyó la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca y que se denominó Sociedad Comercial Anónima, pero el objeto principal de esa Sociedad y único acto que ejerció, fue de servir de mandataria del Departamento, en el recaudo de tres rentas públicas.

"2º Es cierto en su primera parte, pero agrego, que el Departamento de Cundinamarca tenía derecho al sesenta y cinco por ciento en las utilidades de la Compañía.

"3º Es cierto, pero la Compañía no se dedicó a más negocios, que a los de servir de mandataria del Departamento de Cundinamarca en la administración de las rentas de licores, degüello y tabaco.

"4º Es cierto, en su primera parte, pero repito, la entidad departamental sí tenía participación en los negocios de la Compañía.

"5º No es cierto, la Compañía sí fijó tiempo para su duración. Dicho tiempo fue el que durarán los contratos de mandato que la Compañía celebró con el Departamento.

"6º Es cierto en su primera parte; el Departamento sí tuvo ingerencia en la fundación de la Compañía, puesto que fue fundada para administrar tres rentas de propiedad del Departamento.

"7º Es cierto, pero se repite, que la Compañía sólo se dedicó a administrar las rentas de propiedad del Departamento.

"8º Es cierto, pero el señor Sánchez no fue empleado de la Compañía sino empleado del Departamento.

"9º Es cierto. La Compañía, como mandataria del Departamento, tenía facultad para nombrar los empleados públicos, creados por ordenanzas, y que se relacionaban con las rentas de licores, degüello y tabaco, nombramientos que hacía la Junta Directiva por delegación del Departamento.

"10. Es cierto con las salvedades ya dichas.

"11. Es cierto, con las salvedades ya dichas.

"12. Es cierto, con las salvedades ya dichas.

"13. Es cierto, pero el sueldo se pagaba con el producto de las rentas que la Compañía administraba.

"14. No es cierto.

"15. Es cierto que se le asignó a Julio Sánchez el sueldo de doscientos pesos ($ 200) mensuales, pero además de esto se le pagaron primas en el mes de diciembre y se le hicieron otros reconocimientos.

"16. No me consta. El señor Julio Sánchez dependía de la Administración General de las Rentas de Licores, Degüello y Tabaco, y esta oficina era la que ordenaba los viajes del señor Sánchez.

"17. No me consta por la razón ya dicha.

"18. No me consta por la razón ya dicha.

"19. Sé que el señor Julio Sánchez murió, pero ignoro la fecha de su muerte y la causa que le produjera la enfermedad de la cual murió.

"20. El señor Julio Sánchez figuró en las nóminas de los empleados públicos, que administraban las rentas, durante el tiempo en que fue empleado de éstas.

"21. La nómina de los empleados públicos excedía de mil pesos ($ 1,000) mensuales.

"22. La Compañía ha sostenido y sigue sosteniendo que no está obligada a pagar cuotas de seguro a los herederos del señor Julio Sánchez. Sin embargo la Compañía entregó a la señora viuda de Sánchez la suma de mil pesos ($ 1,000) moneda corriente; que en el supuesto inaceptable de que la Compañía sea condenada al pago de este seguro, deben abonarse al valor de la cuota respectiva.

"23. El Ministerio de Industrias dictó una resolución sin audiencia de la Compañía demandada, y en un todo contraria a la Constitución y leyes del país, resolución que es nula por nulidad absoluta.

"24. Es cierto que la Compañía causó ante el Consejo de Estado dicha resolución, y el juicio está aún pendiente.

"25. No me consta. La resolución fue declarada sin valor por el Tribunal Superior de Cundinamarca, en el juicio ejecutivo que la señora Sixtina de Sánchez inició contra la Compañía, por esta misma causa, y cuya acción negó el Tribunal."

El Juzgado, en sentencia de once de octubre del mismo año, después de un detenido estudio del negocio, lo resume así:

"De consiguiente, el presente juicio debe tener por objeto establecer lo siguiente:

"*a*) Si la Compañía es de aquellas que está obligada a efectuar el seguro colectivo de sus empleados, por ser empresa de carácter permanente y porque su nómina mensual de empleados, es o excede de mil pesos ($ 1,000).

"*b*) Si el sujeto fallecido era realmente empleado de la Compañía a quien se reclama el seguro;

"*c*) Si el sueldo del señor Sánchez estaba dentro del límite señalado por la ley para tener derecho al seguro, y

"*d*). Cuál es la responsabilidad de la Compañía, en caso de ser de las indicadas en el numeral primero por no haber cumplido la obligación legal de hacer asegurar a sus empleados o asegurarlos ella misma, según el artículo 2º de la Ley 32."

"Estudia los tres primeros puntos de este cuestionario, y concluye diciendo:

"Afirmativamente contestados los puntos *a), b)* y *c),* corresponde analizar en seguida cuál es la responsabilidad legal en que la Compañía demandada incurrió por no haber asegurado al esposo de la demandante.

"Es indudable que el artículo 1º de la Ley 37, impone a las empresas industriales, agrícola, de comercio, o de cualquiera otra clase, de carácter permanente, una *obligación de hacer,* que debían cumplir seis meses después de la publicación de esa Ley en el periódico oficial. La obligación consistía en asegurar ellas en una Compañía de Seguros, en la forma indirecta indicada en el artículo 2º a sus empleados u obreros; o convirtiéndose ellas mismas en aseguradoras directas de éstos, conforme a los artículos 1º y 2º de la Ley 32. La Ley, pues, les ordena verificar un contrato que va a beneficiar a los herederos del empleado fallecido; de manera que las compañías pueden hacer una de dos cosas: o cumplir la ley asegurando o haciendo asegurar a sus empleados, o infringirla. En el primer caso, las compañías quedan obligadas a pagar al cónyuge o herederos del empleado u obrero fallecido la cuota que le corresponda a éste en el contrato de seguro que hubiere verificado. (Artículo 2º, Ley 37). Y en el segundo caso, la Compañía debe responder no ya de la cuota del seguro, puesto que éste no se ha realizado, sino de los *perjuicios* que acarrea la infracción de aquel deber legal.

"La inobservancia de esa obligación no contractual sino *ex lege* no puede cobrarse en forma distinta de perjuicios; así dedúcese en sentir del Juzgado, de lo estatuído claramente por el artículo 1610 del Código Civil, cuando dice:

'Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir al acreedor, junto con la indemnización de la mora, *cualquiera de estas tres cosas* (subraya el Juzgado), a elección suya:

'1º Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;

'2º Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor;

'3º Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.'

"Esta disposición señala las tres vías que tiene todo acreedor de una obligación de hacer, cuando el deudor se constituye en mora. Ni la primera ni la segunda vía podía ejercitarse en el presente caso por los herederos del señor Sánchez, dada la naturaleza de la obligación que no podía cumplirse después de la defunción de dicho señor. Luego quedábales a los herederos únicamente el tercer camino, o sea el cobro de perjuicios por la infracción por parte de la Compañía Administradora de Rentas del deber de haber asegurado al señor Sánchez.

"Lógicamente conclúyese de lo expuesto que las tres peticiones de la demanda no pueden prosperar, porque en ella se pide la condenación a la Compañía directamente, por el valor de la cuota del seguro, siendo así que el contrato de seguro no existió. Lo que procedía, en defecto de este contrato, era la demanda de los perjuicios que hubieran recibido los herederos del señor Sánchez, conforme lo dispone el inciso tercero del artículo acabado de copiar. Se ha pedido, pues, de un modo indebido. De donde se desprende directamente que la acción propuesta está enervada por la excepción perentoria del mismo nombre que debe reconocerse en esta sentencia, aun cuando no se propuso ni se alegó por el demandado, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, y fallarse el pleito de conformidad con dicha excepción.

"Y por lo relacionado, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara probada la excepción perentoria de *petición de un modo indebido,* y en consecuencia, absuelve al demandado de los cargos de la demanda. Sin costas en esta instancia.'

Por apelación concedida a la parte demandante, el asunto pasó al conocimiento del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, el cual por sentencia de veintidós de junio de mil novecientos veintisiete, después de varias consideraciones, concreta su estudio a dos objeciones formuladas por la parte demandada, que resume así:

"Es la primera que la Compañía demandada no tenía el carácter de *permanente,* como lo exige la ley al imponerle la obligación de asegurar a sus empleados; y la segunda consiste en sostener que Julio Sánchez no era empleado de la Compañía sino del Departamento de Cundinamarca."

Rechaza el Tribunal la primera objeción y termina así:

"Respecto de la segunda objeción, hay que considerar dos cuestiones: es la primera, el carácter que tenga la Compañía demandada en relación con el Departamento, y es la segunda, la investidura que tuviera el empleado Julio Sánchez C.

"Respecto de la primera cuestión, la solución la presenta un texto de la Ordenanza 43 de 1920, 'por la cual se crea un Junta y se dictan varias disposiciones en los ramos de licores y tabaco.' Por medio de esta Ordenanza, se autorizó al Gobernador para que de acuerdo con la Junta creada por esa misma Ordenanza, contratara la administración de la renta de licores, tabaco y degüello, y expresamente se dice en el inciso 3º del artículo 70 que el contratista tendrá el carácter de mandatario del Departamento.'

"Y efectivamente, al celebrarse el contrato mediante la escritura número 1170 de 13 de julio de 1920, por la cláusula primera, el Departamento dijo que, 'da en administración al contratista las citadas rentas en todo el Departamento, asignándole el carácter de mandatario del mismo, cediéndole completa autonomía para la administración que le encomienda, con facultad para recaudar y percibir los impuestos.' Y en otras ordenanzas y decretos que sirvieron para reglamentar la administración de las rentas y para resolver las diferencias entre la Compañía administradora y el Departamento, se habla también de la condición de mandataria que la Compañía tiene con respecto al Departamento.

"Si, pues, conforme a los textos transcritos la Compañía administradora de rentas es simple mandataria del Departamento, y siendo de derecho común el que los actos todos del mandatario obligan al mandante pero no personalmente al mandatario en virtud de la regla *qui mandat ipse fecisse videtur,* bien claro parece que todo lo que se refiera al cumplimiento de las obligacio-

nes de la Compañía mandataria, debe reclamarse del Departamento mandante.

"La segunda cuestión también la resuelve otro texto de la Ordenanza número 30 de 1922, por medio de la cual se aprobó el contrato celebrado por el Secretario de Hacienda del Departamento con la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca, la misma demandada en este juicio. Allí se lee:

'Sexto. El Departamento se compromete a investir a los empleados de las rentas del carácter de empleado público, y de la jurisdicción coactiva a los visitadores de Círculo que indique en cada caso la Gerencia de la Compañía administradora'; y efectivamente así se hizo por el Decreto número 153 del mismo año, en cumplimiento del contrato y de la Ordenanza. Y como en este juicio aparece que Julio Sánchez fue precisamente empleado con el carácter de Visitador y con las facultades de funcionario de instrucción y con jurisdicción coactiva, se está en el caso contemplado por los textos transcritos.'

"Según lo dicho, la Compañía demandada no es el sujeto pasivo de la obligación que se reclama, faltando así uno de los elementos esenciales de la relación jurídica y, por lo mismo, esto implica la absolución."

Concedido por el Tribunal el recurso de casación que contra esa sentencia interpuso la parte demandante, la Corte lo admite por estar ajustada a la ley, y procede a fallarlo, mediante las consideraciones que en seguida se expresan:

El recurrente alega como causal de casación la que consagra el ordinal 1º del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Para sustentar esta causal formula los siguientes cargos:

"El Tribunal acepta como prueba del contrato firmado entre la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca y el Departamento del mismo nombre, un contrato escriturario otorgado ante el Notario 4º de esta ciudad, contrato presentado en copia impresa en papel común y que se dice corresponde a la escritura pública número 1170 de 13 de julio de 1920, publicada en la *Gaceta de Cundinamarca*. La copia de la escritura ha debido presentarse en papel sellado al tenor del inciso 1º del artículo 8º de la Ley 20 de 1923, y no habiéndolo sido en esta forma, dicha copia no podía tenerse por aceptada ni atribuírsele validez alguna por parte del Tribunal. Por dicha copia ha dado por probado el Tribunal que la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca, es mandataria del Departamento."

"Se ha violado por tanto, no solamente el inciso 1º del artículo 8º de la Ley 20 de 1923, sino de una manera directa el artículo 684 del Código Judicial, que ordena imperativamente que las escrituras públicas se presentarán en copia auténtica y como la escritura número 1170 de 13 de julio de 1920 se presentó en forma distinta, la sentencia violó el artículo 2604 del Código Civil, y por esta circunstancia la sentencia es violatoria de ley sustantiva, pues le dio valor de escritura pública a un papel en el cual se halla impreso un contrato que se dice celebrado entre el Departamento y la Compañía demandada."

Para reforzar ese cargo, expone el recurrente estos otros motivos:

'La sentencia acusada violó igualmente el artículo 2673 del Código Civil, puesto que según dicha disposición de orden sustantivo, ninguno de los títulos sujetos a inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código. En el ejemplar de la *Gaceta de Cundinamarca* número 3048, que se trajo a los autos (fuéra del término), no aparece que la escritura publicada en dicho periódico fuera registrada.'

"En el supuesto de que el contrato que sirvió de base al Tribunal, por aparecer publicado en un órgano oficial como lo es la *Gaceta de Cundinamarca*, se pudiera considerar como documento auténtico, se viola—dice el recurrente— el artículo 679 del Código Judicial, que dice:

'Que para que un documento auténtico sea estimado como prueba en la sentencia a *que ha precedido término probatorio* y que ha venido al pleito sin citación, debe ser cotejado con su original, *previa citación.*' (Subrayo).

"Igualmente—sigue diciendo el recurrente—presento como causal primera de casación el hecho de haber incurrido el Tribunal en la sentencia recurrida en mala apreciación de determinada prueba. En efecto, en la copia simple del contrato escriturario de fecha 13 de julio de 1920, otorgado ante el Notario cuarto de esta ciudad, bajo el número 1170, indujo al Tribunal en un error de derecho, cuando en la sentencia le dio un valor probatorio a una presunta prueba (ni siquiera participa de este carácter), que de acuerdo con los artículos arriba citados, no tiene tal alcance, ya que en el supuesto de que haga prueba en general en el juicio que dio por resultado la sentencia recurrida, no puede sin violarse los más elementales principios acerca de la prueba, darle tal significación, porque no fue pedida en tiempo oportuno, ni en tiempo fue presentada, para que la contraparte pudiera tacharla, desvirtuarla, etc., etc., por consiguiente el Tribunal aceptó como prueba una copia que de acuerdo con los artículos 8º, inciso 1º, de la Ley 20 de 1923, 684 del Código Judicial, 1760, 2604 y 2673 del Código Civil no reunió las condiciones exigidas por dichas disposiciones legales, para que un acto o contrato pueda tener valor en juicio, luego la sentencia del Tribunal incurrió en error de derecho por violación de las citadas disposiciones."

La Corte observa que aunque la parte demandada en escrito presentado al Juzgado del conocimiento el dos de julio de mil novecientos veintiséis, solicitó como prueba, en el curso de la primera instancia del juicio, que se pidiera al Gobernador del Departamento de Cundinamarca copia del contrato celebrado por el Departamento con el señor Roberto Marulanda B., como cesionario del señor Juan Gregorio Jaramillo, el trece de julio de mil novecientos veinte, sobre administración de las rentas de licores, degüello y tabaco, del citado Departamento, y, aunque esa prueba fue decretada por el Juzgado, ella no llegó a practicarse, y el referido documento no llegó a los autos sino impreso en un ejemplar autenticado por la Secretaría de Gobierno de la Gobernación de Cundinamarca, presentado por el apoderado de dicha parte con su alegato de bien probado que produjo ante el Tribunal al concluír la segunda instancia del juicio.

Esta sola consideración basta para concluír que el documento de que se trata no debió ser estimado como prueba en la sentencia recurrida, y como el Tribunal sí lo apreció como tál y en él fundó todo su fallo, incurrió en el error de derecho que acusa el recurrente, y es por tal motivo casable la sentencia.

Para dictar la que ha de reemplazarla, se considera:

Como, según viene dicho, el documento traído al expediente en que consta el contrato existente entre el Departamento de Cundinamarca y la entidad demandada, carece de mérito probatorio, no hay lugar a examinar si ese contrato es de arrendamiento de cosa, como lo afirma el demandante, o es de mandato, como lo afirma la parte demandada; pero es obvio que aun tratándose de esto último, el hecho de que la entidad demandada se hallare al servicio del Departamento de Cundinamarca en calidad de mandataria, los empleados particulares que aquella entidad tuviera a su servicio, nombrados y removidos por ella para el fiel desempeño de su cometido, no pueden ser considerados como empleados particulares, del mandante, si, como está probado en autos, no es el Departamento, sino la Compañía demandada, quien nombra esos empleados, les señala sus funciones o hace la destinación de sus servicios y paga éstos de su propio peculio, no puede decirse que tales empleados sean públicos o del Departamento, sino particulares de la entidad que tiene a su cargo la administración de las rentas de Cundinamarca. El hecho de que el Departamento "invistiera a los empleados de las rentas del carácter de empleados públicos," no significaría que el Departamento hacía suyos esos empleados, sino que simplemente les confería una investidura precisamente en su condición de empleados particulares de la otra parte contratante a cuyo cargo continúan corriendo a favor de dichos empleados todas las obligaciones inherentes a su condición de patrón o arrendatario de los servicios que éstos les prestan. Esto se dice en el supuesto de que estuviera comprobado el contrato; pero independientemente de esa prueba, se hallan debidamente acreditados en el expediente los siguientes hechos: que la Compañía demandada administró las rentas del Departamento de Cundinamarca; que al servicio de esa administración puso a su empleado Julio Sánchez C., nombrado y pagado por ella con el cargo de Visitador General de dichas rentas; que el expresado Sánchez C. falleció a consecuencia de una enfermedad adquirida en ejercicio de dicho empleo, y al servicio de la misma Compañía, y que ésta se halla en las condiciones detalladas en el artículo 1º de la Ley 37 de 1921.

En cuanto a los fundamentos de la excepción de petición de modo indebido reconocida en la sentencia de primera instancia, conviene observar que la obligación de efectuar el seguro de vida colectivo de los empleados y obreros, en su caso, no nace de un acuerdo de voluntades que obligue a cumplir lo prometido, sino que es impuesta por la Ley (artículo 1º, Ley 37 de 1921 y 7º de la Ley 32 de 1922), a "las empresas industriales, de comercio o de cualquiera otra clase, de carácter permanente, existentes en el país, o que se establezcan en lo sucesivo, cuya nómina de sueldos o salarios sea o exceda de mil pesos mensuales.

Pero el derecho del obrero, mejor dicho, de su cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, y herederos legítimos, lo consagra el artículo 2º de la misma Ley 37 de 1921, que dice:

"El seguro no será contratado a favor de determinado individuo, sino a favor de la entidad que haga el contrato, la que cuando llegue el caso de hacer efectiva la cuota a que haya derecho por defunción de alguno de los asegurados, está obligada a pagar íntegramente dicha cuota al cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, y herederos legítimos del empleado que fallezca y cuyo nombre figure en la nómina respectiva del mes en que ocurre la defunción."

Dedúcese de estas dos disposiciones que el cónyuge sobreviviente y los herederos legítimos del empleado u obrero que fallezca y cuyo nombre figure en la nómina respectiva del mes en que ocurra la defunción en una empresa industrial, de comercio o de cualquier otra clase, de carácter permanente, existente en el país, y cuya nómina de sueldos o salarios sea o exceda de mil pesos mensuales, tienen derecho a exigir de dicha empresa el pago íntegro de la cuota correspondiente al sueldo o salario que devengaba el difunto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la misma Ley 37, sin que este derecho esté sujeto a la contingencia de que la empresa deudora obligada a esa prestación haya cumplido o nó la obligación del seguro que pesa sobre ella por ministerio de la ley.

Esta es la interpretación más conforme con el espíritu de dicha Ley, y la misma en que se informa la Resolución dictada por el Ministerio de Industrias el seis de octubre de mil novecientos veinticuatro, en el mismo caso que es materia de este juicio, condenando a la Compañía demandada a pagar el valor del seguro que reclama la demandante (*Diario Oficial* número 19741, páginas 210 y 211).

En los puntos segundo y tercero de la parte petitoria de la demanda, se solicita que la Compañía demandada sea condenada a pagar los perjuicios causados por el no pago del valor de la cuota del seguro, o—en subsidio—a pagar el interés legal correspondiente sobre dicho valor desde el día siguiente al de la defunción del ex-empleado Julio Sánchez C., o sea desde el cinco de mayo de mil novecientos veinticuatro hasta el día en que se verifique el pago; pero como la ley no le ha fijado a la entidad obligada a pagar el valor del seguro por muerte de un obrero la época precisa en que ha de cumplir esa obligación, no se le puede declarar en mora si ella no ha sido requerida de pago en la forma prevenida por la ley; y, como en este caso tal requerimiento no le fue hecho a la Compañía demandada, no hay lugar a acceder a ninguna de las dos peticiones dichas, ni tampoco es el caso de acceder a la cuarta, sobre condenación en costas, por no ser manifiesta la temeridad en la oposición que a la demanda hizo la parte demandada.

En mérito de estas consideraciones, y resultando del expediente que la empresa demandada se halla—en las condiciones establecidas en el artículo 1º de la precitada Ley 37 de 1921, y que el derecho que hace valer la demandante se ajusta a lo establecido en el artículo 2º de la misma Ley, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el veintidós de junio de mil novecientos veintisiete, y en su lugar resuelve:

1º Revócase la sentencia de primera instancia proferida en este negocio por el Juzgado primero del Circuito de Bogotá el once de octubre de mil novecientos veintiséis.

2º Declárase que la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca debe pagar a Sixtina Ruiz viuda de Sánchez, cónyuge sobreviviente de Julio Sánchez C. y a sus hijos legítimos, dentro de los seis días siguientes a la notificación de este fallo, la cantidad de dos mil cuatrocientos pesos oro colombiano ($ 2,400) equivalente al valor de la cuota del seguro obligatorio a que tenía derecho el ex-empleado de la Compañía Julio San-

chez C., muerto a su servicio, deduciendo de esa suma lo que por este concepto se hubiere pagado.

3º No hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en los puntos segundo, tercero y cuarto del libelo de demanda.

Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

Declara perentoriamente la Corte que el documento que se trajo al expediente para comprobar la existencia jurídica del contrato celebrado entre el Departamento y la Compañía de Rentas carecía de mérito probatorio y sin embargo reconoce que la Compañía administró las rentas de Cundinamarca y nombró empleados para ese fin, en virtud de una obligación contractual.

Paréceme que en esto hay alguna contradicción. Si no se probó el contrato de administración, que es la causa jurídica, no puede decirse que la Compañía ejecutó o dio cumplimiento a un contrato que no se ha demostrado que exista, a menos que se considere que la Compañía administró como agente oficioso esas rentas, supuesto que seguramente no admite la Corte. Para considerar que la Compañía administró las rentas de Cundinamarca, hay que principiar por darle vida jurídica al contrato que la facultó para ese objeto, pues no es de suponer, ni esto es posible, que la Compañía administrara esas rentas sin consentimiento de la Gobernación y sin previo contrato.

El calificativo que la Corte le da a la Compañía de Rentas de "Compañía de carácter permanente," para englobarla en la disposición del artículo 1º de la Ley 37 de 1921, me parece errado, pues basta considerar que la Compañía no podía tener el carácter de permanente, que significa estabilidad, inmutabilidad, ya que el objeto de su especulación recaída sobre cosas estancadas, como la fabricación y expendio de licores y otras rentas que están fuera del comercio, lo que está indicando que la sociedad que se formó para administrarlas tiene que ser de carácter temporal.

Por estos motivos salvo mi voto de fondo.

Bogotá, noviembre trece de mil novecientos treinta.

JOSE MIGUEL ARANGO—Nannetti — Jiménez—Martínez—Méndez — Tafur A. — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre once de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Buenaventura, Julio César, Pastor y Santos Guzmán demandaron a Isaac, Carlos, Consolación, Rosalbina y Belarmina Guzmán para que se declarara que las mejoras que en seguida se puntualizan no pertenecen a la comunidad que existe en la finca de *El Tiber,* sino que son de propiedad exclusiva de los demandantes y que por tanto no deben entrar en la masa partible.

Las mejoras son estas:

"Siete lotes de cafetal, más o menos, que contendrán unas treinta a cincuenta fanegadas de cultivo entre caña y café; siendo éste de una extensión de ciento cincuenta a doscientos cuadros de cabuya ordinaria, o sea de veinte brazas; y la caña, de una extensión de unos treinta a cuarenta cuadros de la misma medida, todos con sus platanéras, huertas y árboles de sombra y cercas de alambre.

"Una casa de balcón con diez piezas entabladas, con puertas de madera arregladas para uso de habitación y varios otros, donde han vivido los demandantes desde que la hicieron, construída de bahareque fuerte y teja metálica, con dos entablados altos donde se beneficia café; sin incluír en esto ninguna obra contemporánea con la escritura de compra a Félix Guzmán, por la cual se formó la comunidad.

"Otra casa recién construída (año y medio), también de diez piezas de bahareque y palmicha, con sus encielados y puertas de madera, destinada para peones.

"Ambas casas con sus empedrados alrededor, patios y andenes."

El Juez absolvió y el Tribunal confirmó el fallo en todas sus partes.

La parte demandante se alzó en casación, y como el recurso es admisible, se estudia.

Nota el recurrente la sentencia, en primer lugar, por error en la interpretación de la demanda, pues allí lo que se pidió fue que se declarara que las mejoras especificadas no pertenecían a la comunidad que existe en la finca de *El Tiber,* como declaración fundamental, y la frase "y que por tanto no deben entrar a la masa partible de la finca" es incidental y en nada modifica o altera la petición primordial, fundamental, y el sentenciador entendió que esa frase era sustancial en la demanda, lo que implicaba que los demandantes habían afirmado rotundamente que existía juicio divisorio de la hacienda de *El Tiber* y que no habían suministrado esa prueba.

Evidente que el fallador, entre uno de los fundamentos del fallo, catalogó el de la falta de demostración de la existencia del juicio divisorio. Pero ese no fue el único fundamento del fallo; tiene otros como el de no figurar esas mejoras en los inventarios de los bienes partibles, fundamento a que el recurrente no ha hecho reparo alguno y que conserva toda su fuerza.

El recurrente considera que esa circunstancia, la existencia del juicio divisorio, se comprobó con la contestación de la demanda, pero a este reparo se observa que sólo tres demandados dijeron que las mejoras figuraban en esa escritura que corría en el juicio divisorio de *El Tiber,* lo que indica que no todos los demandados convinieron en la existencia del juicio divisorio, y la confesión de algunos de ellos, si eso fuere confesión y sirviese para comprobar esa existencia, no perjudica sino a quienes la hicieron.

De suerte que siempre queda en pie la afirmación del sentenciador de que los demandantes no cumplieron con la obligación de demostrar los hechos afirmados como fundamento de la acción, y que el sentenciador no consideró probados, tales como no figurar esas mejoras en los inventarios de los bienes partibles.

Ahora, si el sentenciador no consideró como prueba

la confesión hecha al contestar la demanda por algunos de los demandados, ha debido atacarse el fallo por violación del artículo 556 del Código Judicial, que le asigna fuerza de plena prueba a la confesión hecha en la contestación de la demanda.

Considérase que el fallo ha violado la ley por haber declarado probada la excepción perentoria de inepta demanda.

Se explica: en ninguna parte de la sentencia se declaró probada esa excepción, ni en primera ni segunda instancia. Tampoco se ha citado la ley que se dice violada.

Considera el recurrente que el sentenciador incidió en error al decir que en la demanda no se precisaron las mejoras, dejando de apreciar las declaraciones acordes de varios testigos e infringiendo por ello las disposiciones de los artículos 288 y 289 del Código Judicial.

Basta leer la demanda para concluir que en ella no se fijaron los linderos dentro de los cuales están encerradas las mejoras reclamadas, ni por los linderos se determinaron las cosas, y como ellas hay que considerarlas bienes raíces, han debido especificarse por linderos, lo que no se hizo, faltando a lo prescrito en el artículo 289 del Código Judicial.

Ahora, no es el caso de aplicar el artículo 258 del Código Judicial puesto que los demandantes no cumplieron con los requisitos que esa disposición exige, aun cuando se tratase de cosas que han de constar de peso, número o medida, que no es el caso del pleito, puesto que se trata de bienes inmuebles.

En cuanto a la violación del artículo 447 del Código Judicial, por cuanto el sentenciador no falló respecto de las casas, que sí estaban determinadas, hay que advertir que no reconoció dominio en ellas, no porque dejaran de estar determinadas, sino porque consideró que no se había comprobado que fueran de los reclamantes, y en este caso la acusación tenía que referirse a la errada interpretación de las probanzas con que se pretendió acreditar ese dominio, pero no a la violación directa de esas disposiciones.

El sentenciador desechó las declaraciones de los testigos Jaramillo, Castillo y Vargas, aducidas por los demandantes para comprobar la propiedad de las mejoras reclamadas, y por ese motivo se acusa el fallo por mala apreciación de esa prueba y por error evidente de hecho.

El Tribunal acogió las razones del Juez para no estimar esas declaraciones como prueba de dominio, y en el análisis que de ellas hace el Juez y los reparos que les pone para no aceptarlas, le parece a la Corte razonables y muy atendibles, sin que aparezca manifiesto el error de que habla el recurrente.

Dice así ese fallo:

"En primer lugar, en la demanda se pide que se excluya de la partición material de la comunidad formada en el predio de *El Tíber* entre demandantes y demandados, 'siete lotes de cafetal, más o menos, que contendrán unas treinta a cincuenta fanegadas de cultivo de caña y café, siendo éste de una extensión de ciento cincuenta a doscientos cuadros de cabuya ordinaria o sea de veinte brazas; y la caña de una extensión de unos treinta a cuarenta cuadros de la misma medida, todo con sus plataneras, huertas y árboles de sombra y cercas de alambre,' los cuales pertenecen exclusivamente a los demandantes y no deben entrar por lo tanto en la masa partible de la comunidad.

"Para probar esta parte de la demanda, se trajeron, entre otras, las declaraciones de Luis Jaramillo, Demetrio Castillo y Antonio Vargas, quienes dicen conocer ocho lotes de mejoras de café y caña en la comunidad de *El Tíber,* lotes que especifican por medio de alinderación especial, y que han puesto y cultivado Pastor y Manuel Guzmán con posterioridad al año de 1908.

"Con el fin de examinar si los linderos que dan los testigos para cada lote concuerdan con la realidad de las cosas y encierran las mejoras a que se refiere la demanda, fue para lo que se ordenó principalmente la inspección ocular. Mas cuando se hubiese hecho la identificación de los lotes y de ahí hubiese resultado confirmada en el presente caso la veracidad de la prueba testimonial, la solución no podría ser favorable al actor, porque por más que los testigos especifiquen los lotes, de nada vale si en la demanda no se ha hecho esta determinación, de modo que no puedan confundirse con otros; y en el libelo en la parte petitoria correspondiente, que es el eje sobre el cual rueda todo el debate, se pide la exclusión de siete lotes de cafetal *más o menos,* 'que contendrán unas treinta a cincuenta fanegadas de cultivo *entre caña y café,*' lo que así enunciado, sin circunscribir sobre el terreno de la comunidad cada lote, es una petición demasiado vaga, en que no podría fundarse una condenación, porque en el fondo bien puede haber otras mejoras distintas de las reclamadas, y en ese evento sería imposible distinguir éstas de las que se hubieran excluído; al proceder a ejecutar la sentencia, por ejemplo, ¿cómo se haría la respectiva separación de lotes sin haberse fijado una norma para ello?

"Se observa, además, que los testigos se refieren en sus declaraciones a ocho lotes de mejoras; la demanda no pide más que siete, y como según el artículo 447 del nuevo Código Judicial, en niguna providencia puede decretarse o concederse más de lo pedido, resultaría que habría que excluírse un lote de la sentencia condenatoria; pero, ¿cuál sería ese lote?

"Por otra parte, según el artículo 289 del antiguo Código de procedimiento, disposición vigente cuando se instauró la demanda, si lo que se demanda es una cosa raíz, se especificarán sus linderos y las demás circunstancias que le dan a conocer y a distinguir de otras con que pudiera confundirse."

En la demanda no se cumplió este precepto a pesar de versar sobre bienes raíces, pues las mejoras consisten en plantas como café y caña, árboles frutales, etc., que adhieren permanentemente al suelo, son inmuebles o bienes raíces. (Artículos 656 y 657 del Código Civil).

No está demás advertir, que es injurídico el concepto del sentenciador de que como las mejoras accesorias de la finca son inseparables de la misma, la exclusión de ellas implicaría la exclusión del terreno en que están plantadas, porque el fenómeno de sembrar en terreno ajeno lo reconoce la ley con el nombre de accesión, pero este errado concepto no es único fundamento del fallo.

Por último, se acusa el fallo por violación del artículo 762 del Código Civil, a consecuencia del error de hecho al desechar las declaraciones de los testigos nombrados, pues siendo poseedores de las mejoras los demandantes, ha debido el sentenciador reconocerlos como dueños.

Se replica: en primer lugar, el sentenciador no encontró demostrado el dominio de los demandantes en esas mejoras, y respecto de su carácter de poseedores conceptuó que siendo comuneros con los demandados en la hacienda de *El Tíber,* como consta de la escritura número 162 de seis de julio de mil novecientos ocho, mal podría reputarse poseedores a los demandantes, pues

ellos como comuneros poseían en nombre de la comunidad y no en nombre propio.

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

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha octubre veintiocho de mil novecientos veintisiete.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre seis de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

En escrito fechado el quince de julio de mil novecientos diez y ocho, y repartido al Juzgado 1º del Circuito de Cartagena, Guillermo E. Jimeno dice:

..... "propongo formal demanda, en vía ordinaria, contra la Cartagena Magdalena Railway Cº, domiciliada primitivamente en Boston, Estados Unidos de América, con asiento de negocios permanentes en esta ciudad de Cartagena y representada legalmente en la actualidad por la Colombia Railway & Navigation Company Limited, radicada en Londres (62 London Wall), con negocios permanentes en esta misma ciudad de Cartagena, y cuya persona jurídica—que en la actualidad administran los señores Pineda López & Cº—representados en esta ciudad por el señor H. L. Tyrer, ha venido a subrogar, en definitiva y mediante incorporaciones y traspasos sucesivos, a la Cartagena Magdalena Railway Company, en todos los derechos y obligaciones de ésta; y demanda a la precitada compañía contratante en la persona moral de la Colombia Railway & Navigation Company Limited, debidamente representada por dicho señor Tyrer, para que, previa la sustanciación del presente juicio, se la condene en la sentencia definitiva a lo siguiente:

"Primero. A que me reembolse la suma de diez mil pesos oro americano ($ 10,000) que desembolsé por cuenta del contrato que con la Cartagena, Magdalena Railway Company celebré en enero de mil novecientos seis (1906), contrato relativo a la extracción de doscientos mil durmientes o traviesas para el ferrocarril de Antioquia, mas todo el material necesario para puentes, carros, casas, etc., etc.

"Segundo. A que me indemnice de todos los perjuicios que he sufrido por haber la Compañía contratante roto el contrato que conmigo celebró, y haber sufrido yo, por eso mismo, daño emergente y lucro cesante, que estimo desde ahora bajo juramento, en una suma no menor de quince mil pesos ($ 15,000) oro americano, y que estoy dispuesto a comprobar dentro del término probatorio de este juicio; y

"Tercero: A que me pague los intereses legales de la suma que me adeuda y que se vienen devengando desde julio de mil novecientos seis (1906), computables hasta que se cancele totalmente esta obligación; así como se la condene al pago de las costas de este juicio."

Como hechos fundamentales de esa demanda, se exponen los siguientes:

"Primero. En los primeros días de enero del año de mil novecientos seis (1906), y a raíz del contrato que el señor James T. Ford, como apoderado general de la Cartagena Magdalena Railway Company, celebró con el Gobierno Nacional para tomar a su cargo la prolongación del ferrocarril de Antioquia, dicho señor Ford tuvo a bien llamarme para que, trasladándome de mi domicilio de entonces a esta ciudad, acordara con él las bases para la celebración de un contrato en virtud del cual debía yo suministrarle a la Compañía contratante, una cantidad que no fuera inferior a doscientos mil (200,000) durmientes o traviesas para el citado ferrocarril, más todo el material de puentes que fuera necesario, ya que la Cartagena, Magdalena Railway Company había tomado a su cargo el contrato arriba citado, y necesitaba, a su turno, celebrar contratos con quienes pudieran contribuír a que ella diera cumplimiento a su pacto con el Gobierno Nacional.

"Segundo. Conocedor el señor Ford de mi ya larga experiencia en el particular, de que yo había venido viviendo hasta entonces prestándole servicios a dicha Compañía desde que empezó a construír el ferrocarril que concluye en Calamar; sabedor el mismo señor—como que ello era un hecho público y notorio—que yo he sido comerciante en todo aquel tiempo, dedicado incesantemente a la celebración de esa clase de contratos, pues yo explotaba el negocio del corte de maderas apropiadas para traviesas y puentes de ferrocarril; y, por último, convencido como lo estuvo siempre, de la puntualidad y exactitud con que yo cumplía mis compromisos comerciales, cualesquiera que ellos fueran, no vaciló en celebrar conmigo, de viva voz, por lo mismo que no era necesario reducirlo a escrito, el convenio del caso, cuyas estipulaciones me permitían desde luégo organizar, dirigir y administrar el negocio de extracción de dichas traviesas o durmientes, y material de puentes, así como para carros, talleres, edificios, etc., etc., para el ferrocarril citado, comprometiéndome yo, al efecto, a establecer los trabajos necesarios a orillas del río Magdalena, en todos los puntos convenientes y en regiones cercanas a Puerto Berrío, que era la estación de partida.

"Tercero. Para aceptar, como acepté, la negociación que me propuso el señor Ford, sin reducirla a escrito, tuve en cuenta la circunstancia de que se trataba de un doble acto de comercio, así por la naturaleza intrínseca del pacto y el propósito de obtener utilidades ambas partes contratantes, cuanto porque éramos comerciantes la entidad a quien representaba el señor Ford y yo. Demás de esto, yo había sido en otras ocasiones anteriores a aquélla, contratista para con la misma Empresa, y en ninguna de tales ocasiones se observaron formalidades o solemnidades de carácter especial.

"Cuarto. Con el aporte recíproco de nuestro espontáneo y libre consentimiento, la Compañía se obligó a suministrarme todo cuanto fuera necesario, desde mis gastos de viaje y dinero para los contratos que, tributarios del ajustado entre ella y yo, celebrara yo mismo con terceros, hasta la suma que me debía reconocer entre el costo de cada durmiente, y material de puente, y el valor a que la Compañía lo había de tomar por su cuenta, que era en esta forma: setenta centavos oro por cada traviesa o durmiente, y el material de puentes, a razón de

sesenta centavos oro cada pie cúbico, dejados en el puerto correspondiente al lugar donde fueran labrados, todo ello mientras duraran los trabajos de explotación, que no debían considerarse terminados mientras yo no entregara, en un plazo no inferior a tres años, la cantidad total contratada, que lo era la de doscientos mil (200,000) durmientes, más el material de puentes necesario, que se estimó alrededor de cien mil (100,000) pies cúbicos de madera.

"Quinto. Como pasos preliminares y actos que ya significaban el principio de la ejecución del contrato, ocurrieron estos hechos:

"a) El señor F. B. Fearon, quien a la sazón ocupaba puesto prominente en la Compañía, me proveyó del correspondiente tiquete, refrendado por la firma de Pineda López & Compañía, el cual servía tanto para mí como para un ayudante y tres peones que debían viajar conmigo. Ese tiquete que presento con este libelo, fue extendido para que estuviera en vigor hasta el treinta y uno (31) de diciembre del precitado año de mil novecientos seis (1906), y para ser válido entre todos los puntos donde la Compañía tuviera líneas propias o aliadas del Ferrocarril, y líneas propias o aliadas de servicios de transporte fluvial.

"b) El mismo señor Fearon, como empleado superior de la Compañía contratante, a efecto de imprimirle actividad al negocio materia del contrato, me anticipó, de conformidad con lo que el señor Ford y yo habíamos convenido, la suma de tres mil pesos oro americano ($ 3,000) en dos partidas. Este hecho lo comprobaré cuando proponga la correspondiente acción exhibitoria de los libros y papeles pertinentes, de la Compañía, subrogada después por entidades jurídicas de nombres diferentes.

"c) Emprendí viaje de esta ciudad a la de Puerto Berrío, haciendo, cada vez que subía o bajaba el río Magdalena, durante el tiempo en que estuve cumpliendo el contrato, las necesarias escalas en puertos fluviales y numerosas poblaciones ribereñas, en las cuales yo estimé que podía celebrar los indispensables subcontratos.

"d) Efectivamente, celebré esos subcontratos, y de ello puede dar fe el legajo que acompaño, y del que se advierte que algunas personas me hicieron propuestas durante mi viaje, de las cuales unas acepté y otras nó; con otras contraté cantidades de veinte mil durmientes, y con algunas otras, esas cantidades contratadas fueron indeterminadas.

Hace aquí el demandante la relación de los documentos contenidos en el referido legajo.

"Sexto. Teniendo, como tuvo, por base el contrato que celebré con la Compañía, y que menciono en los hechos primero a cuarto, fundamentales de esta demanda, entré en arreglos y transacciones sobre compras de traviesas con los señores que paso a enumerar, todos los cuales celebraron conmigo contratos más o menos importantes: Augusto Martelo J., de Cartagena; Pedro M. López, de Bocas de Rosario; Alejandro Castillos, de Cantagallos; Julián Aguirre, de Garrapata; Abel Zuluaga F., de Nare; Wenceslao Preciado, de Puerto Viejo y Caimital; Gonzalo Escobar y Jesús Carrasquilla, de El Triunfo; Baltasar Cortés, de Buenavista (Rionegro); Jesús María y Marcos M. Yepes, de Canaletal; Claudio Jaramillo, Ricardo A López, de San Pablo; A. Salcedo V., Cruz y sobrinos, y otros muchos, que por el momento no recuerdo.

"Séptimo. ..... 'hallándome yo en Puerto Berrío, entregado afanosamente por completo a los trabajos de extraer durmientes y labrar el material de puentes, implicado y comprometido de mil maneras con todos los subcontratistas, hasta el extremo de haber tenido yo que indemnizar y pagar saldos adeudados por concepto de dichos contratos, como puede verse en los recibos que presento, recibí, de súbito e inopinadamente, un telegrama de don F. B. Fearon, quien entonces representaba a la Compañía contratante, y en el cual, con fecha dos (2) de julio de mil novecientos seis (1906), me dijo esto, según verá el señor Juez en el respectivo documento oficial que acompaño.

que acompaño:

'Sírvase suspender hasta nueva orden todo trabajo, y regresar subcontratistas y peones a sus destinos.

'Sus perjuicios se pagarán.

(Firmado). 'F B. Fearon'

"Octavo. Bajo este numeral no se expone un hecho, sino un comentario referente al punto que precede.

"Noveno. Desde aquella fecha, señor Juez, estoy viviendo vida semejante a la de quien espera indefinida y aun infructuosamente la venida del Mesías; los días pasan, pasan con ellos los años, y a pesar de mis cartas amigables para la Compañía; a pesar de mis conferencias llevadas a cabo con propósito conciliatorio, tratando siempre de ver si llegábamos a un resultado que satisfaciera pecuniariamente a una y otra parte, la Compañía, y con ella las personas jurídicas que han venido subrogándola tanto en sus derechos como en sus obligaciones, se ha negado sistemáticamente a pagarme los perjuicios que he sufrido y a reembolsarme los gastos que he hecho, por concepto de los cuales no me entregó la Compañía sino los tres mil pesos oro ($ 3,000) de que hablé en otro lugar de esta demanda.

"Décimo. De este punto, con referencia a una carta que en junio de 1908 le dirigió él a C. H. Beeston, Administrador de la Cartagena (Colombia) Railway Co., dice que los gastos de viaje y de instalación no hubo tiempo para que le quedaran compensados, y que no aprovechó la madera que ya tenía puesta a orillas del río Magdalena, y que, en su mayor parte, fue arrastrada por la corriente de ese río al desbordarse."

Como fundamentos de derecho citó el demandante los artículos 2° del Decreto legislativo número 2° de 1906 y 1° del número 37 del mismo año; 5° de la Ley 40 de 1907; 1°, 8°, 9°, 20, 21, 182, 183 y 958 y sus concordantes del Código de Comercio; y 1502, 1503, 1527, 1546, 1602 1603, 1604, 1608, 1614, 1615, 1617, 1849, 1857, 1863, 1864 y 1945 del Código Civil.

Corrido el traslado de esa demanda a H. L. Tyrer, éste, en escrito de nueve de agosto del mismo año, dijo que, en su calidad de apoderado de los señores Pineda López & Compañía, apoderados de The Colombia Railways & Navigation Company Limited, la contesta así:

"No convengo en el derecho que el señor Jimeno alega tener para proponer esa demanda contra la Compañía.

"Los hechos en que se funda dicha demanda los contesto así:

"Al primero. No me consta ese hecho, ni en los libros de la Compañía encuentro nada que arroje luz sobre el particular.

"Al segundo. Tampoco me consta, y por consiguiente no le doy mi asentimiento. En los libros hay constancia de un avance de dinero que para esa época se hizo al señor Jimeno, y que éste no ha pagado; pero el negocio

que ordinariamente hizo la Compañía con dicho señor consistió en avanzarle dinero sobre una entrega posterior de maderas, sin determinar cantidad.

"Al tercero. No lo acepto.

"Al cuarto. Nada me consta de lo que en éste se afirma.

"Al quinto. No le doy mi asentimiento más que en lo relativo al avance de dinero, que figura en los libros de la Compañía. Con relación a la expedición de tiquete de pasaje, observo que el presentado por el señor Jimeno lleva la fecha de quince de septiembre de mil novecientos seis, cuando ya habían corrido dos meses y medio que míster Fearon le había comunicado la suspensión de los trabajos.

"Al sexto. No me consta este hecho.

"Al séptimo. Tampoco me consta.

"Al octavo. No le doy mi asentimiento.

"Haré uso de las pruebas que suministran los libros y papeles de la Compañía."

Con esta contestación, el expresado H. L. Tyrer presentó el escrito que lleva su misma fecha, y en el cual dice:

"Yo, H. L. Tyrer, mayor de edad y de este vecindario, hablando en representación de The Colombia Railway & Navigation Company Limited, demando en reconvención al señor Guillermo E. Jimeno, mayor de edad y de este vecindario, para que, previa la tramitación correspondiente, se le condene a pagar a la Compañía la cantidad de tres mil pesos oro americano ($ 3,000), que ésta le avanzó en dinero para pagar con entregas de maderas para traviesas de ferrocarril y para puentes, y los intereses correspondientes.

"Fundo la demanda en los siguientes hechos:

"Primero. En que la Compañía le avanzó dos mil pesos ($ 2,000) oro americano, con fecha ocho (8) de marzo de mil novecientos seis, con el objeto indicado.

"Segundo. En que también le avanzó mil pesos ($ 1,000) oro americano, con fecha diez (10) de septiembre de mil novecientos nueve (1909) para el mismo objeto, y con las condiciones estipuladas en el contrato contenido en la escritura pública número 538, otorgada en la entonces Notaría única de este Circuito.

"Tercero. En que no hay constancia en los libros de la Compañía de que el señor Jimeno haya cancelado esas obligaciones, pues apenas ha hecho por cuenta del último avance, unas pequeñas entregas de madera, cuyo valor no cubre el importe de los intereses devengados.

"El derecho para intentar esta demanda lo tiene la Compañía, conforme a los artículos 1602, 1603, 1627, 1849 y 1869 del Código Civil.

"Hago constar que promuevo esta demanda de reconvención al mismo tiempo que contesto la que el señor Jimeno ha establecido contra la Compañía, por la cantidad de veinticinco mil pesos oro."

Guillermo E. Jimeno contestó manifestando ser cierto que recibió de la Empresa contrademandante los tres mil pesos que ésta dice haberle entregado, pero que los recibió en dos contados, y con objetos distintos; pues la primera entrega de dos mil pesos se le hizo el ocho de marzo de mil novecientos seis, a virtud del contrato celebrado por él con J. T. Ford, al cual se refiere su demanda, y que siendo ésta por mayor suma, opone la excepción de compensación; y que, con relación a la segunda, de cinco mil pesos, que se le hizo el diez de septiembre de mil novecientos nueve, fue en virtud del contrato de que da cuenta la escritura pública otorgada en la Notaría de Cartagena en esa misma fecha, y para el objeto que allí se expresa, esto es, en calidad de avances por cuenta de traviesas para el ferrocarril de Cartagena, sin conexión alguna con el objeto a que obedeció la entrega de la primera partida de dos mil pesos; que por cuenta de la última partida que recibió, había hecho algunas entregas de madera, con las cuales cree haber abonado una parte muy importante de esa suma; y que por el saldo que al liquidar esa cuenta resulta a su cargo, propone también la excepción de compensación.

Seguido el juicio por los trámites legales, el quince de noviembre de mil novecientos veintidós se falló así en primera instancia:

"En mérito de las consideraciones que quedan expuestas, el Juzgado 1º del Circuito, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desata la controversia planteada, en la siguiente forma:

"1º Se absuelve al demandado en la demanda principal, de todos los cargos de la misma demanda.

"2º Se condena al contrademandado en la demanda de reconvención, al pago de la suma de dos mil pesos oro americano con los intereses legales, desde que el contrademandado estuvo en mora de entregar las maderas para las cuales confiesa que recibió ese dinero, y al pago de la suma de mil pesos de la misma moneda con los intereses estipulados en el contrato escriturado, de nueve de septiembre de mil novecientos nueve (1909), previo descuento de las sumas a que asciendan las entregas de maderas hechas por el contrademandado a la Compañía, según confiesa ésta. El monto de esta suma se fijará en juicio aparte.

"3º Se declara no probada la excepción de compensación propuesta por el contrademandado en la contestación a la demanda de reconvención.

"4º Se niega la cancelación del registro de la escritura de hipoteca de nueve (9) de septiembre de mil novecientos nueve.

"No hay especial condenación en costas."

Por apelación concedida al demandante, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y allí se le dio el curso correspondiente, hasta terminarlo por la sentencia definitiva de veintitrés de marzo de mil novecientos veinticinco, cuya parte resolutiva es de este tenor:

"Por todo lo dicho, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia recurrida, y en su lugar resuelve:

"1º Absuélvese a la Compañía The Colombia Railway & Navigation Company Limited, de los cargos de la demanda instaurada contra ella por el señor Guillermo E. Jimeno.

"2º Absuélvese al señor Guillermo E. Jimeno de los cargos de la demanda de reconvención, intentada contra él por la Compañía The Colombia Railway & Navigation Company Limited."

Contra este fallo interpuso el demandante recurso de casación, que el Tribunal le concedió, y que esta Sala admite, previa la tramitación correspondiente, por reunir los requisitos que para ello exige la ley.

Contra la sentencia recurrida se alega la primera causal de casación contenida en el numeral 1º del artículo

2º de la Ley 169 de 1896, y, para demostrar esta acusación, razona así el recurrente:

"La sentencia pronunciada por el Tribunal de Cartagena en este juicio, para negar el reclamo del demandante señor Jimeno, ha hecho valer como principal argumento el contenido en las siguientes líneas:

'..... los libros de la Compañía—dice—fueron examinados por peritos en un tiempo determinado, y como ya se dijo al hablar de la personería del señor Ford, los asientos que figuran en tales libros no demuestran en absoluto que la Compañía hubiera contratado con Jimeno.'

'..... de modo que no resultando ser de cargo de la Compañía la obligación demandada, **mal puede estimarse como un principio de prueba los asientos de los libros examinados.** Ellos, precisamente, están demostrando que los dos mil pesos suministrados a Jimeno salieron de sus cajas por orden y cuenta distinta al giro ordinario de sus negocios.'

"Dos disposiciones sustantivas considero que han sido violadas por el fallo del Tribunal en la parte que dejo transcrita: el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, en cuanto dice:

'Exceptúanse de lo dispuesto en los artículos precedentes (91 y 92), los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso'; y el artículo 47 del Código de Comercio que dice:

'Los libros hacen fe contra el comerciante que los lleva, y no se admitirá prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos.'

"Conviene observar, desde luégo, que la causal de casación referente a violación de ley sustantiva o interpretación errónea de la misma ley al caso del pleito, contiene en nuestra legislación una adición explicativa, de que hace mención el tercer inciso del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, que dice:

'Si se alega por el recurrente mala apreciación de determinada prueba, la Corte no podrá variar la apreciación hecha por el Tribunal, sino en el caso de error de derecho o de error de hecho, siempre que éste último aparezca de un modo evidente en los autos.'

"Muy oportunamente viene esta explicación en el presente negocio; pues en realidad, el detenido estudio de las consideraciones del Tribunal que se dejan citadas en relación con el estudio de la vista o inspección que se practicó en los libros de la Compañía demandada, pone de manifiesto que la sentencia acusada adolece no sólo de error de derecho sino de evidente error de hecho en la apreciación de esta prueba."

El cargo de error de derecho lo explica así:

"Es principio elemental de contabilidad que las partidas por egresos de dinero que figuran en los libros de un comerciante, afectan directa e inevitablemente la cuenta de caja de ese comerciante, no la de terceras personas, que ninguna parte han tenido en las operaciones mercantiles descritas. Así, verbigracia, si en los libros de A. aparece la constancia de haberle entregado una suma de dinero a B., ese asiento establece una relación jurídica entre A. y B., que no es posible desconocer. A. asume el carácter de acreedor, y B. el de deudor. De ninguna manera podría A. pretender desvirtuar sus relaciones comerciales y jurídicas con B., diciendo más tarde que el dinero que afectó su cuenta de caja fue erogado a nombre de un tercero, extraño al asunto.

"De la misma manera, cuando en los libros de la Compañía demandada se encontró la constancia de una suma de dos mil pesos entregada al señor Jimeno a buena cuenta de traviesas y materiales de ferrocarril, surgieron al punto dos consecuencias jurídicas inevitables:

"1º Que la Compañía—no otra persona—entró en relaciones comerciales con el señor Jimeno; y

"2º Que entre las mismas personas existió un contrato de traviesas, a buena cuenta del cual fue erogada la suma de que tratan los libros.

"De no entender así las cosas, como le ocurre a los señores Magistrados del Tribunal de Cartagena, se incurre en un positivo error de derecho en la apreciación de la prueba, porque se desconocen los principios más elementales de la contabilidad mercantil."

Lo dicho por el Tribunal sobre los asientos que figuran en los libros de la Compañía demandada, al tratar de la personería de míster Ford, y a lo cual se remite el mismo sentenciador en el pasaje de la sentencia, que el recurrente señala como principal argumento del fallo recurrido, es lo siguiente:

"Jimeno trajo a los autos la prueba del carácter de Ford, como apoderado de la Compañía demandada, pero entre los documentos que acreditan tal prueba, figura también el que acredita que el mismo Ford era apoderado, en la misma época, de la otra Compañía del Ferrocarril, llamada Cartagena Terminal & Improvement Company, y como el aludido contrato celebrado por Jimeno con Ford, no fue por escrito, sino de **viva voz,** se está en la duda de cuál de las dos compañías representaba Ford en dicho convenio.

"Mas como al decir del actor, los durmientes o traviesas y la madera para puentes eran para el ferrocarril de Antioquia, parece que la clave o llave del asunto la daría el mismo contrato celebrado por Ford con el Gobierno, acerca de la prolongación del ferrocarril de Antioquia, y traído a los autos la copia de dicho contrato, se ve que éste fue celebrado por Ford, no en nombre y representación de ninguna de las compañías apoderadas por él, sino en nombre propio, según puede verse del contexto del contrato, que corre publicado en el **Diario Oficial** número 12385, cuyo ejemplar, debidamente autenticado, corre en autos.

"Esta fuente, pues, que hubiera sido una verdadera luz en este intrincado punto, ha sido más bien contraproducente a la tesis del actor, ya que se ha confirmado lo aseverado por la contraparte, de que Ford no contrató en nombre y representación de la Compañía.

"Pero no es con esta última prueba con la que puede ponerse fin al estudio de este punto, sino que hay otra fuente también autorizada, y ella son los libros de la Compañía demandada; y allí, previo el examen de ellos, se encontró que la Compañía suministró a Jimeno dineros para materiales del ferrocarril de Antioquia, **'según arreglo con míster Ford'** y 'a cargo del ferrocarril de Antioquia,' al decir de los libros.

"Si pues, en los libros de la Compañía no había la cuenta especial de los gastos y emolumentos que ocasionaba el Ferrocarril de Antioquia, eran anotados con la expresa cláusula de que eran a base del arreglo hecho con Ford y a cargo del Ferrocarril de Antioquia, y el dinero suministrado para gastos de este ferrocarril, no puede decirse en rigor de verdad, con toda la certeza jurídica que se necesita para proferir un fallo judicial, que Ford hubiera contratado con Jimeno a nombre de la Compa-

ñía demandada, sino que ésta, por orden y cuenta de Ford, suministraba al Ferrocarril de Antioquia sus dineros y servicios; acaso por la circunstancia de ser Administrador de esa Compañía el mismo sujeto que contrató con el Gobierno la prolongación del ferrocarril de Antioquia.

"No resulta, pues, en los autos, la obligación de Ford-Jimeno contraída por aquél en nombre da la Compañía demandada."

Como se ha visto en la narración de los hechos fundamentales de la demanda, el actor aduce, como principio de ejecución del contrato, el anticipo de una suma de dinero que en dos partidas le entregó la Compañía demandada, de conformidad con lo que el señor Ford, Gerente de ésta, había convenido con él: allí (punto 5º, ordinal **b**), dice Jimeno:

"El mismo Fearon, como empleado superior de la Compañía contratante, a efecto de imprimirle actividad al negocio materia del contrato, me anticipó—de conformidad con lo que el señor Ford y yo habíamos convenido—la suma de tres mil pesos oro americano ($ 3,000), en dos partidas. Este hecho lo comprobaré cuando proponga la correspondiente acción exhibitoria de los libros y papeles pertinentes de la Compañía, subrogada después por entidades jurídicas de nombres diferentes."

El examen de los referidos libros de comercio, solicitado por el demandante, tuvo, pues, por objeto, dejar acreditado en el juicio, que en ellos hay constancia por escrito de actos ejecutados por la Compañía demandada, que constituyen una prueba circunstancial de que entre aquél y ésta existió una convención sobre suministro de traviesas para el ferrocarril de Antioquia.

El objeto y la importancia de esa prueba en este negocio, los apreció el Tribunal en este pasaje de la sentencia:

"Tratándose, como se trata, de un contrato cuya cuantía pasa de quinientos pesos, era deber de los contratantes someterse a los preceptos del legislador, dictados para garantía de sus derechos, a fin de que por su observancia deriven la debida recompensa. Pero no fue así, y como lo afirma el doctor Jimeno, la convención fue celebrada **de viva voz**, trayendo, por consiguiente, multitud de contratiempos al actor para la prueba completa de dicha convención.

"La prueba testimonial aportada a los autos, demuestra evidentemente que Ford y Jimeno contrataron sobre traviesas o durmientes para ferrocarril y maderas para puentes; que Jimeno viajaba constantemente en el ferrocarril y buques de la Compañía demandada, con tiquetes expedidos por la Compañía, y que Jimeno tenía facultad, y los contadores de los barcos orden, para detener éstos en los puertos que indicara Jimeno por el tiempo necesario para el arreglo del corte de maderas y durmientes.

"Pero, como es sabido, la sola prueba testimonial no es procedente para la comprobación de un contrato cuya cuantía pasa de quinientos pesos, como el presente; y de aquí que el actor ocurriera al examen de los libros de la Compañía demandada, con el fin de conseguir un principio de prueba por escrito, que le diera fuerza y valor a la prueba testimonial aportada al debate."

En el acta de la inspección ocular practicada por el Tribunal, en asocio de peritos, en los libros **Diario y Mayor** de la Compañía demandada, el veintiuno de marzo de mil novecientos veinticuatro, consta lo siguiente:

"Del folio 374 aparece con un saldo a su cargo una cuenta, Guillermo Jimeno en 1º de enero de mil novecientos veintiséis, de $ 3-30. Con fecha treinta y uno de marzo del mismo año hay una partida a su cuenta de $ 300. Según el comprobante de caja que se nos ha presentado, de fecha ocho de marzo de mil novecientos seis, esta suma le fue suministrada a buena cuenta de corte de traviesas y por cuenta del Ferrocarril de Antioquia, según arreglo con míster Ford.

"Con fecha treinta y uno de marzo del mismo año, aparece un cargo por $ 1,700, cuya razón, según el comprobante que se nos ha presentado, consiste en una carta-orden a tres días vista, que gira el señor F. V. Fearon, asistente Administrador de la Cartagena Magdalena Railway Company Limited, a cargo de los ajustes de la Compañía Fluvial de Cartagena: al pie de esta carta-orden aparece la nota de recibo del señor Guillermo Jimeno, y una anotación **al lápiz**, que dice: 'cargo Antioquia Railway Company.' La cuenta hasta el treinta y uno de mayo arroja un saldo a cargo del señor Jimeno....$ 2,003-30."

Con relación a esta prueba, dice la sentencia en la parte a que se refiere el cargo que se estudia:

"Los libros de la Compañía fueron examinados por peritos en un tiempo determinado, y como ya se dijo al hablar de la personería del señor Ford, los asientos que figuran en tales libros no demuestran en absoluto que la Compañía hubiera contratado con Jimeno, sino que fue Ford quien contrató en su nombre particular con Jimeno, y que los suministros de dinero, hechos por la Compañía a aquél, lo fueron 'según arreglo con míster Ford' y a 'cargo del Ferrocarril de Antioquia.' De modo que no resultando ser de cargo de la Compañía la obligación demandada, mal puede estimarse como un principio de prueba los asientos de los libros examinados. Ellos, precisamente, están demostrando que los dos mil pesos suministrados a Jimeno salieron de sus cajas por orden y cuenta distinta al giro ordinario de sus negocios, como que dicen 'según arreglo con míster Ford' y 'a cargo del Ferrocarril de Antioquia.'"

Alega el recurrente que el Tribunal, en este pasaje de la sentencia, hace mala apreciación de la prueba que contra la Compañía demandada suministran los asientos de sus propios libros, e incurre en error de derecho con violación de los artículos 47 del Código de Comercio y 93, ordinal 1º, de la Ley 153 de 1887.

Establece el artículo 47 del Código de Comercio, que:

"Los libros hacen fe contra el comerciante que los lleva, y no se admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus asientos."

Dispone el artículo 92 de la Ley 153 de 1887, que "al que demanda una cosa de más de quinientos pesos de valor, no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda"; y el artículo 93 de la misma Ley, citado por el recurrente, exceptúa de esa disposición "los casos en que haya **un principio de prueba por escrito**, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso."

Como se ve, esta última disposición establece de modo claro y preciso lo que en derecho ha de tenerse por **principio de prueba escrito** para los casos a que ella se refiere, es, a saber: un acto escrito que reúna estas dos condiciones: que sea imputable al demandado, y que haga verosímil el hecho litigioso.

¿Reúnen estos dos requisitos los asientos de los libros de que se trata? La respuesta afirmativa no necesita de-

mostración en cuanto al primero de ellos, puesto que se trata de un acto de la Compañía demandada, escrito en sus propios libros de comercio; y en cuanto a lo segundo, concurren a demostrar la afirmativa las razones siguientes:

Obsérvese ante todo, que la ley sólo requiere que ese acto escrito haga verosímil el hecho litigioso, y es verosímil, según el Diccionario de la Real Academia Española, lo "tiene apariencia de verdadero," lo que es "creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad."

Ahora, para apreciar en derecho lo que expresan los asientos de los mencionados libros, hay que proceder de conformidad con los principios y reglas de la contabilidad mercantil; y en esta materia, es principio inconcuso que en los libros de comercio sólo se abren cuentas a las personas con quienes se tienen negocios a crédito o en cuenta corriente. Por consiguiente, toda cuenta personal abierta en los libros de un comerciante, expresa una relación jurídica entre éste y la persona a quien está abierta, y de ella ha de resultar cuál de los dos es acreedor y cuál deudor, y porqué causa.

Es un hecho incuestionable que Jimeno recibió de la Compañía demandada trescientos pesos el treinta y uno de marzo de mil novecientos seis, y $ 1,700 el treinta y uno de mayo del mismo año, a buena cuenta del corte de traviesas, y por cuenta del Ferrocarril de Antioquia. De ese hecho no puede deducirse rectamente que las traviesas contratadas fueran para el Ferrocarril de Cartagena, sino que fueran para el Ferrocarril por cuya cuenta se hacía la operación. Ahora, si el negocio de las traviesas hubiera sido pactado entre Jimeno y el Ferrocarril de Antioquia, o entre aquél y J. T. Ford, en particular, y el papel que desempeñó la Compañía demandada al entregarle a Jimeno las expresadas sumas de dinero, fue simplemente el de un tercero, extraño al asunto, que accidentalmente cumplió una recomendación o un mandato de aquel Ferrocarril o de este señor, no tendría explicación que dicha Compañía llevara esas partidas al debe de la cuenta de Jimeno, porque éste no habría quedado siendo deudor suyo: en ese caso, lo racional y lo técnico habría sido cargar esas partidas a la cuenta del Ferrocarril de Antioquia, o a la particular del señor Ford, o a la de la persona o entidad por cuya orden o cuenta se le entregaron a Jimeno aquellas cantidades de dinero. Pero como esos asientos no ofrecen carácter alguno de falsedad, ni es de suponerse que se hicieran tal como aparecen en los libros de la Compañía, por ignorancia o por error, ya que nada de esto ni siquiera lo ha insinuado la parte demandada, hay que apreciarlo racionalmente, dándole su significación técnica y jurídica, que no puede ser otra que la comprobación de un lazo contractual entre Jimeno y la Compañía demandada, en virtud del cual aquél contrajo con ésta la obligación de cortar o suministrar una cantidad de traviesas para el ferrocarril de Antioquia, y la Compañía, acreedora de esa obligación, quedó obligada a pagar el valor de esas traviesas; tal es, de acuerdo con las reglas de contabilidad, la significación jurídica de los asientos aquí insertos de la cuenta corriente abierta a Jimeno en los libros de la Compañía demandada. Concurren a confirmar estos conceptos algunos otros documentos que obran en el expediente, como la demanda de reconvención propuesta por la Compañía demandada para que Jimeno le pague los dos mil pesos, expresado en los dos asientos de que se ha hecho mérito, y que, según los comprobantes de caja de esas partidas, fueron suministrados por ella "a buena cuenta de corte de traviesas y por cuenta del Ferrocarril de Antioquia, según arreglo con míster Ford," lo que entraña el reconocimiento, o la confesión de la Compañía de que fue ella, y nó el Ferrocarril de Antioquia, ni Ford en particular, quien pactó con Jimeno el suministro de traviesas para ese ferrocarril. Todas estas razones demuestran, de modo evidente, que los precitados asientos satisfacen plenamente la segunda condición exigida por el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, para constituir un principio de prueba por escrito, que consiste en hacer verosímil el hecho litigioso de que entre el demandante y la Compañía demandada existieron relaciones contractuales para el corte o suministro de maderas para el ferrocarril de Antioquia. Por consiguiente, si, como se ha visto, los asientos de los libros de la Compañía demandada, que fueron objeto del examen o inspección ocular practicada en la segunda instancia de este juicio, satisfacen plenamente las condiciones requeridas por el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, para constituir un principio de prueba por escrito, al afirmar el Tribunal que "mal pueden estimarse como un principio de prueba los asientos de los libros examinados," incurre en evidente error de derecho en la apreciación de esa prueba, y viola, como lo afirma el recurrente, el artículo que acaba de citarse, lo que hace casable la sentencia en la parte que es materia de este recurso, sin necesidad de hacer el estudio de los otros motivos alegados.

Para dictar el fallo que ha de reemplazar al del Tribunal, se considera:

Aunque el demandante afirma en el primero de los fundamentos de hecho de su demanda, que el señor James T. Ford, como apoderado de la Cartagena Magdalena Railway Company, contrató con el Gobierno en los primeros días de enero de mil novecientos seis, la prolongación del ferrocarril de Antioquia, en la segunda instancia de este juicio se trajo a los autos un ejemplar autenticado del **Diario Oficial** número 12385, de veintiocho de junio de mil novecientos cinco, en que corre publicado dicho contrato, y de él no resulta que Ford obrara en ese acto a nombre o en representación de aquella entidad, lo que elimina el estudio de la cuestión por esa faz; pero sí está debidamente comprobado con los certificados del Registrador de instrumentos públicos del cuaderno principal, que en la época en que se dice haberse celebrado el contrato Ford-Jimeno, aquél (Ford), era apoderado general de la Compañía demandada.

Afirma Jimeno en su libelo de demanda, que dicho señor Ford celebró con él, verbalmente, un contrato, en virtud del cual aquél debía suministrarle, en un plazo no menor de tres años, un número no menor de doscientos mil durmientes o traviesas para el ferrocarril de Antioquia, más todo el material para puentes que fuera necesario, y que se calculó alrededor de cien mil pies cúbicos de madera, todo ello puesto a orillas del río Magdalena, en regiones cercanas a Puerto Berrío, y al precio de sesenta centavos oro por cada traviesa y por cada pie cúbico del material para puentes, obligándose la Compañía representada por Ford a suministrarle todo cuanto fuera necesario, desde sus gastos de viaje hasta el dinero necesario para los contratos que él, a su vez, había de celebrar con terceros.

Para demostrar la verdad de estas afirmaciones, el demandante hizo valer en el juicio los siguientes comprobantes:

a) La carta que J. B. Fearon dirigió al demandante el trece de julio de mil novecientos siete, escrita en idioma inglés, y en papel que lleva este membrete: "General Offices, Cartagena, Colombia—Cartagena Magdalena

Railway Company—Cartagena Terminal & Improvement Company Limited," que, traducida al castellano por el intérprete oficial de la Aduana de Cartagena, dice:

"Con relación a una reciente conversación sobre el asunto de un convenio verbal que hizo usted con el difunto señor James T. Ford, sobre durmientes para el ferrocarril de Antioquia, puedo decir, con absoluta certidumbre, lo siguiente, a saber:

"1º Que usted hizo un convenio o contrato verbal con él, a efecto de que usted estableciera, sin demora, ciertos campamentos, tan cerca como fuera posible, a Puerto Berrío, con el objeto de sacar durmientes para aquel ferrocarril.

"2º Que usted conseguiría cortadores experimentados para ese objeto; y

"3º Que su posición sería la de jefe contratista, con derecho a efectuar subcontratos.

"Yo creo que usted cumplió fielmente todas sus instrucciones, y sé que usted hizo varios subcontratos, en los cuales es muy probable que usted haya perdido sumas considerables de dinero, debido a las órdenes que subsiguientemente recibió usted de suspender los trabajos.

"No me consta qué número de durmientes contrató usted, ni los que había sacado, ni el número de árboles que fueron tumbados, ni poseo los datos para mostrar cuánto gastó usted, además de la suma que se le avanzó; pero no dudo que usted tenga documentos, etc., para demostrar todo esto, en cuyo caso, tengo seguridad de que usted podrá convencer a la Compañía actual de que su reclamo es razonable y justo.

"No hay absolutamente duda de que usted hizo el contrato con el señor Ford, y mi opinión personal es que su reclamo para un arreglo es perfectamente legítimo.

(Firmado). "F. B. Fearon"

En la sentencia de primera instancia, al pie de la transcripción de esta misma carta, se hace la siguiente observación:

"Este documento, cuya autenticidad no quedó establecida en los autos, pero que tiene todo el valor que le asigna el artículo 694 del Código Judicial, es apenas un indicio acerca del contrato celebrado por Jimeno con la Compañía demandada, pero nada más que un indicio, desde luégo que el dato que de él se da no proviene del contratante."

Así lo apreció el Juez a quo, cuando todavía no se había traído a los autos el resultado del examen de los libros que se practicó en la segunda instancia, y de que ya se ha hecho mérito; pero la conexión que existe entre los asientos de esos libros, arriba transcritos, y el contenido de dicha carta, le da a ésta todo el valor que le otorga el artículo 694 citado en aquella sentencia, en relación con el punto que se estudia.

b) El testimonio rendido por W. J. Meagher, en estos términos:

"Que al declarante le consta, porque era jefe del tráfico en mil novecientos seis (1906) del Ferrocarril Cartagena-Magdalena Railway, que hubo un contrato entre el señor J. T. Fearon y Guillermo E. Jimeno, para corte y laboreo de durmientes y traviesas para el ferrocarril de Antioquia y materiales para puentes, y también le consta que el señor Jimeno viajó varias veces en el ferrocarril de Cartagena a Calamar y en los vapores de la Compañía Fluvial, con el personal que él quisiera, que llevaba para trabajar, tanto de ida como de regreso, como contratista en el ramo que se ha mencionado. Que esto le consta, porque como empleado del Ferrocarril tenía conocimiento personal, porque le interesaba, y ordenó dar los tiquetes en el ferrocarril y los vapores."

Al tercer punto dijo:

"Que el mismo señor Ford le dijo al exponente que le había dado dinero al señor Jimeno por razón de su contrato; y es lo más natural que así fuera, mas el exponente no tuvo intervención en la entrega del dinero, y que sí era público y notorio que el señor Jimeno actuaba en el año dicho (mil novecientos seis) como contratista para el corte de durmientes y materiales de puentes."

c) El testimonio de Vicente Martínez Angulo, rendido en la segunda instancia:

"Que por las circunstancias de haber viajado el deponente a Bogotá, pudo imponerse de que el señor Jimeno, que lo interroga, seguía a Girardot a tratar con míster Ford acerca de un negocio de maderas que había contratado con las Compañías que míster Ford representaba; que por esa circunstancia pudo imponerse en Girardot por conversación tenida por Jimeno con míster Archart, encargado de los trabajos, como empleado de míster Ford, de que el referido contrato era de una cantidad considerable de durmientes, para lo cual iba Jimeno en busca de míster Ford, para el suministro de fondos, y que en virtud del contrato Jimeno-Ford, el que lo interroga hizo contrato y avanzó dinero, en virtud de ellos, con Rodrigo Sánchez, Augusto Martelo y el General Losso y algunos otros individuos de las orillas del Alto Magdalena."

En este estado, el señor Magistrado leyó al testigo el pliego de contrainterrogatorio presentado por el señor Taylor, y contestó:

"Que como no asistió a la celebración del contrato, no sabe dónde se celebraría éste, pero sí le consta, por lo que lleva dicho en la respuesta anterior, que míster Ford celebró con quien lo interroga, el susodicho contrato a nombre de la Compañía de que era representante, adquiriendo por la conversación que Jimeno tuvo con Archart, el conocimiento de que era a sesenta centavos por cada durmiente, precio corriente de éstos."

d) El testimonio de Teófilo Cochez, quien dice:

"Que le consta al exponente que entre los señores G. E. Jimeno y el señor James T. Ford, este último en su carácter de apoderado de la Cartagena, Magdalena Railway Company Limited, celebraron un contrato por el cual el señor Jimeno se comprometía a suministrar una considerable cantidad de durmientes, madera recia para puentes y madera para construcciones en general; que el exponente no recuerda bien ni el número de durmientes y cantidad de maderas que el señor Jimeno debía suministrar, ni el precio a como la Compañía debía pagárselos; que el exponente no recuerda precisamente cuál fuera la suma que la Compañía contratante debía avanzar al señor Jimeno para dar comienzo a los trabajos; pero que sí era de dos a tres mil pesos oro americano; que no recuerda el término concedido al contratista para la entrega de los anteriores materiales; y que sí es cierto que el señor Jimeno tenía facultad amplísima de viajar libremente con sus ayudantes y peones en todos los buques de la Compañía Fluvial y en el ferrocarril de esta ciudad. Que todo lo antes dicho le consta al que expone, porque era empleado de la Compañía del Ferrocarril (Apuntador

General), y presenció en distintas ocasiones cuando el señor Ford y Jimeno y Jimeno y Archart hablaban y discutían acerca del referido contrato, siendo el señor Archart jefe de la línea."

e) El testimonio de Ildefonso A. Mora. Dice este testigo:

"Me consta como Capitán que fui, en el año de mil novecientos seis, de los vapores Margarita, Mariana y demás buques pertenecientes a la Compañía Fluvial de Cartagena, que en los respectivos libros correspondientes a la navegación de los citados buques, quedaban las constancias escritas y asentadas las partidas relacionadas con los viajes que hacía el señor Guillermo E. Jimeno en dichos vapores, tanto a la subida como a la bajada del río Magdalena, así como su ayudante y peones, en su carácter de contratista de la Compañía representada por el señor J. T. Ford, para la extracción y corte de durmientes para el ferrocarril de Antioquia."

Al undécimo y último punto contestó:

"Es cierto que en los buques comandados por mí viajó con el señor Jimeno el señor Ford, y pude enterarme de varias conversaciones que tuvo el señor Ford con el señor Jimeno, relacionadas con el contrato de durmientes para el ferrocarril de Antioquia, presenciando al mismo tiempo que el señor Ford se detuvo más de una vez en los puertos y buques del río Magdalena, en donde había durmientes para el ferrocarril, ya labrados y armados, con el fin de examina (sic), detalles acerca de la clase de madera, calidad de los durmientes, etc., etc."

f) El testimonio de Rogerio Arrieta P., Contador del vapor Clara, de la misma Compañía demandada, perfectamente de acuerdo con lo declarado por el Capitán Ildefonso A. Mora.

De todo esto y de los asientos de los libros de la Compañía demandada, resulta comprobado que entre ésta y el demandante existió una convención, en virtud de la cual Jimeno se obligó a suministrar una cantidad muy crecida de traviesas y de madera para puentes para el ferrocarril de Antioquia, y que la Compañía le entregó, a buena cuenta del precio de esos materiales, dos mil pesos ($ 2,000) oro americano; mas no resulta debidamente demostrado qué cantidad de traviesas y de madera para puentes se estipulara, ni a qué precio, pues todas las pruebas aducidas sobre estos puntos son testimonios de mera referencia, a excepción de la declaración de Vicente Martínez A., que por ser de testigo único no forma prueba completa, ya que el dicho de Leopoldo de Janon Matos no hace fe, en virtud de lo establecido en el artículo 610 del Código Judicial.

Afirma, además, el demandante en el numeral séptimo del libelo, que siete meses después de celebrado el convenio, hallándose él en Puerto Berrío cumpliendo el contrato, y comprometido con las personas con quienes él, a su vez, celebró contratos parciales para el suministro de los referidos materiales para el ferrocarril de Antioquia, recibió de F. B. Fearon, en aquel entonces Administrador de la Compañía demandada, el siguiente telegrama, fechado el dos de julio de mil novecientos seis, que se presentó con el libelo de demanda:

"Jimeno—Puerto Berrío.

"Sírvase suspender hasta nueva orden todo trabajo, y regresar subcontratistas y peones a sus destinos.

"Sus perjuicios se pagarán.

(Firmado). F. B. Fearon"

De esa manera—continúa diciendo el demandante en el hecho octavo del libelo—la precitada Compañía, de hecho y de modo inesperado, rompió el contrato que con él había celebrado, causándole enormes perjuicios, pues la nueva orden para reanudar los trabajos no se le comunicó jamás.

A lo afirmado en el numeral séptimo, contestó el representante de la parte demandada: "que no le consta este hecho"; y, al punto octavo, dijo no darle su asentimiento; pero en el alegato de conclusión, producido en la primera instancia del juicio por el mismo representante Tyrer, se halla la siguiente afirmación:

"La orden de suspensión de trabajos que el señor Fearon transmitió al señor Jimeno en el telegrama de dos de julio de mil novecientos seis, demuestra únicamente que el segundo se encontraba entonces trabajando en extraer maderas para el ferrocarril de Antioquia, en interés del señor Ford; mas deja en la oscuridad los otros puntos, sobre todo, si es que Jimeno trabajaba por su cuenta y riesgo, o por cuenta y riesgo del señor Ford."

Si en el telegrama que viene transcrito ni siquiera se menciona a Ford, y no se ha probado ni alegado siquiera que Fearon fuera representante o empleado particular de éste, sino que, al contrario, en el mismo alegato, a renglón seguido, acepta sin objeción la afirmación del demandante de que "en aquella época—dice Tyrer—el señor Fearon era empleado prominente de dicha Compañía, y en alguna vez llegó a representarla," ¿de dónde puede sacarse la conclusión de que la orden telegráfica de suspensión de trabajos dada por Fearon al demandante, sólo demuestra que éste "se encontraba entonces trabajando en extraer maderas para el ferrocarril de Antioquia, en interés del señor Ford"? Ese pasaje del alegato de la parte demandada entraña el reconocimiento de estos dos hechos: el de que esa orden telegráfica fue dada por Fearon, y que los trabajos a que ella se refiere eran los de extracción de maderas que entonces se encontraba ejecutando Jimeno para el ferrocarril de Antioquia.

La parte demandante no procuró acreditar la autenticidad de ese telegrama; pero aunque la parte demandada, cuando contestó la demanda el nueve de agosto de mil novecientos diez y ocho, dijo no constarle ese hecho, más tarde, el veintiocho de febrero de mil novecientos veintidós, en su alegato de conclusión, aceptó, afirmándolo, el hecho de haber dado Fearon a Jimeno la orden de suspensión de trabajos, contenida en dicho telegrama. Además, habiéndose presentado ese telegrama con el escrito de demanda que se le dio en traslado al representante de la entidad demandada, contra quien se hace valer ese documento, como emanado de ella, la actitud de dicho representante no debió limitarse a manifestar que no le constaba ese hecho, sino que debió objetarlo, oponiéndole las razones que él tuviera para rechazarlo como acto de la Compañía, o redargüirlo de falso, como especialmente lo exige el artículo 694 del Código Judicial; pero no habiéndose hecho nada de eso, y aceptado posteriormente por la Compañía, que la orden contenida en el telegrama en cuestión fue dada por Fearon, ese documento ha de tenerse como reconocido por la parte demandada; y esto, aunado a las otras pruebas de que arriba se ha hecho mérito, justifica el derecho que invoca el recurrente, a que se le indemnicen los perjuicios que le causaran la intempestiva ruptura de esa convención, por parte de la Compañía demandada.

¿A cuánto ascienden esos perjuicios?

En la primera instancia pidió el demandante el avalúo de ellos por peritos, y éstos, en su dictamen de tres de noviembre de mil novecientos veinte, dijeron:

"Al primer punto. Estimamos que los desembolsos hechos por Jimeno para atender al cumplimiento de su contrato hasta el día dos de julio de mil novecientos seis, en que por orden telegráfica del señor F. B. Fearon los suspendió, valen la suma de seis mil quinientos diez y nueve pesos oro legal ($ 6,519).

"Al segundo punto. Estimamos que el lucro cesante, o suma que dejó de utilizar Jimeno como contratista general, en ciento noventa y cuatro mil ochocientos ochenta y cinco durmientes, completo de los doscientos mil polines contratados, a razón de veinticinco centavos oro legal, $ 48,721-25.

"En cien mil pies cúbicos de madera recia, para puentes, en los que debió obtener como utilidad mínima, doce centavos por pie cúbico, oro legal, $ 12,000.

"Al tercer punto. Estimamos que el daño emergente sufrido por Jimeno, por el concepto enunciado en este punto, estimamos, en nuestro sentir, en la suma de veinticinco mil pesos oro legal ($ 25,000). Todo lo cual da un total de noventa y dos mil doscientos cuarenta pesos con veinticinco centavos oro legal ($ 92,240-25)."

La parte demandada pidió la ampliación de ese dictamen, por creerlo no ajustado a los preceptos legales sobre la materia, y fundado no en hechos comprobados en el proceso, sino en las afirmaciones hechas por el demandante; y, con tal motivo, los mismos peritos, en su exposición de diez y siete de diciembre del mismo año, rectificaron la primera partida, reduciéndola a la suma de $ 2,802-80, a que asciende el valor de los recibos expedidos por terceras personas a favor de Jimeno, y presentados con el libelo de demanda como comprobantes de los desembolsos hechos por él para dar cumplimiento al contrato.

La segunda partida de $ 48,721-25, la confirman fundándola en que el demandante afirma haber contratado con Ford doscientos mil durmientes y cien mil pies cúbicos de madera para puentes, a sesenta centavos cada durmiente y cada pie cúbico de dicha madera, y que a la vez confiesa haber recibido de los subcontratistas 5,515 durmientes, cantidad que hay que deducir de la contratada; y en que como el costo de cada durmiente es, por término medio de $ 0-45, y el de cada pie cúbico de madera, de la clase estipulada, es de cuarenta y ocho centavos, Jimeno dejó de reportar una utilidad no menor de veinticinco centavos por cada durmiente, y de doce centavos por cada pie cúbico de la expresada madera, todo lo cual monta, dadas las cantidades arriba expresadas, a la suma fijada por ellos ($ 48,721-25). Asimismo confirman la tercera partida de $ 25,000, porque en su concepto no pueden ser avaluados en menor suma los perjuicios recibidos por Jimeno, por la desorganización de todos sus negocios, alrededor de doce meses que estuvo ocupado a causa del referido contrato, "aparte de los perjuicios parciales que le causarían las naturales reclamaciones de los subcontratistas"; y agregan esta explicación sobre los fundamentos de su dictamen:

"La contraparte del actor pide en su memorial, referente a nuestro peritaje, que digamos porqué al hacer el cálculo del lucro cesante, damos por cosa real y evidente que Jimeno dejó de sacar cien mil pies cúbicos de madera y doscientos mil durmientes; nosotros no damos como reales y evidentes tales hechos, sino que para hacer el peritaje que se nos ordenó, necesariamente teníamos que partir del supuesto de que tales hechos fueron ciertos, pues si negamos la realización de esos hechos generadores de los perjuicios demandados, ¿cuáles perjuicios íbamos a avaluar?

"A nosotros como peritos no nos tocaba examinar las pruebas llevadas a los autos, como parece entenderlo el señor Tyrer, puesto que no íbamos nosotros a fallar el pleito, ni nuestra opinión influiría en forma alguna en el curso de él."

Como de esto resulta que el dictamen de esos peritos no se funda en hechos reales, apreciados por ellos, sino partiendo del supuesto de que tales hechos eran ciertos, la Sala lo desestima totalmente, sin fijar la estimación de los perjuicios a que ese dictamen se refiere, por no existir en el proceso los elementos suficientes para ello.

No hay lugar a considerar lo referente a la demanda de reconvención, porque ello no es materia de este recurso, pero lo fallado acerca de ella se incorporará en la parte resolutiva de este fallo, como lo ordena el artículo 12 de la Ley 90 de 1920.

De acuerdo con lo que viene expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto absuelve a la Compañía The Colombia Railway & Navigation Company Limited, de la demanda intentada contra ella por Guillermo E. Jimeno, y en su lugar resuelve:

1º Revócase la declaración hecha en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, dictada en este juicio por el Juzgado 1º del Circuito de Cartagena el quince de noviembre de mil novecientos veintidós, que absuelve a la Compañía demandada en la acción principal, de todos los cargos de la demanda.

2º Condénase a la Compañía Cartagena, Magdalena Railway Company, representada por la Colombia Railway & Navigation Company Limited, ambas con negocios permanentes en la ciudad de Cartagena, en esta República, a indemnizar a Guillermo E. Jimeno los perjuicios que en juicio separado compruebe éste que le causara la suspensión de los trabajos de corte de traviesas para el ferrocarril de Antioquia que él tenía contratados con la Compañía demandada, y que le fue ordenada por ésta en telegrama de dos de julio de mil novecientos seis.

3º Absuélvese al señor Guillermo E. Jimeno de los cargos de la demanda de reconvención, intentada contra él por la Compañía The Colombia Railway Company Limited.

Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Germán Vélez M. y Valeriano Marulanda intentaron ante el Juez 2º del Circuito de Armenia juicio de oposición contra Glicerio Acevedo, Pedro A. López y Antonio Sánchez, para que se declarase: que los demandados no

tienen derecho para que se les adjudique a títulos de cultivadores extensión alguna de terreno dentro del globo que señalan como baldío en su memorial de fecha cinco de noviembre de mil novecientos veintitrés, dirigido al Gobernador del Departamento de Caldas, designado con el nombre de *La Popa* y delimitado así: "partiendo del lindero de Miguel Pavas y mejoras de Teodoro Montealegre (hoy hacienda de *Maravélez)*, siguiendo una línea hasta un zanjón, lindero con mejoras de Antonio Sánchez; zanjón arriba hasta su terminación; de aquí, siguiendo una línea hasta encontrar con la quebrada de Pisamal, lindero con mejoras de la hacienda de *Maravélez;* de aquí travesía hasta la cuchilla de *Pueblogrande,* enfrente de un árbol de aguacatillo que queda en toda la superficie; cuchilla abajo, hasta encontrar con un árbol de caracolí, enfrente de las mejoras de Pedro A. López (a. *Tumbago*), y potreros de la hacienda de *Maravélez;* de aquí, siguiendo una línea hasta la quebrada de *Pisamal*; de aquí, en línea recta hasta ponerse enfrente de las partidas de *Pueblorrico,* en el camino del alambrado que gira para el Valle; camino del Valle arriba hasta encontrar el lindero de las mejoras de Wenceslao Prado (hoy de la hacienda de *Maravélez),* siguiendo el lindero de esta última mejora hasta encontrar un zanjón, lindero con mejoras de Miguel Pavas; zanjón arriba hasta ponerse en dirección del camino del Valle; camino arriba, y lindando con Miguel Pavas, hasta encontrar el mojón o lindero con éste y con Teodoro Montealegre (hoy hacienda de *Maravélez),* punto de partida."

Se basa la oposición en estos hechos:

1º Los señores Germán Vélez y Valeriano Marulanda poseen hace cerca de veinte años la hacienda de *Maravélez,* comprendida por los siguientes linderos: "de la unión de los ríos Quindío y Ríoverde, en línea recta a la palma más notable que está en la cuchilla de *Las Palmas,* a la margen derecha de la quebrada de *La Argentina,* donde se colocó un mojón de piedra; de allí, por todo el cincho o contrafuerte que separa la playa de *Maravélez* de la altiplanicie de *La Argentina* y por la parte más alta de dicho contrafuerte, hasta la terminación de éste hacia abajo en la orilla derecha del río Vieja; de aquí, por éste arriba, hasta la unión de Ríoverde y Quindío, punto de partida."

2º El lote de terreno enunciado en la parte petitoria, que es el mismo que señalan como baldío los demandados, hace parte de la hacienda de *Maravélez* y así lo han poseído siempre los opositores Vélez y Marulanda.

3º En memorial dirigido al Gobernador del Departamento el cinco de noviembre pasado, los señores Glicerio Acevedo, Pedro A. López y Antonio Sánchez, solicitaron que se les adjudicara a título de cultivadores la extensión de terreno a que creen tener derecho dentro del globo delimitado en la parte petitoria.

4º Durante el término de fijación de los edictos y por memorial dirigido a la Gobernación del Departamento el nueve de febrero pasado el señor Manuel A. Toro, como apoderado de Germán Vélez y Valeriano Marulanda, se opuso en nombre de éstos a la solicitud sobre adjudicación, y por tal motivo se ordenó al opositor a que formulara su oposición.

5º La hacienda de *Maravélez* ha poseído siempre sus potreros que tienen cabida para mil quinientas reses; y sus montañas; esta posesión no ha sido nunca interrumpida ni por parte de los opositores ni de sus antecesores en el dominio, y sólo en el año pasado fue perturbada la posesión de la hacienda en sus montañas por un gran número de personas, llamándose colonos.

6º Por perturbadores en la montaña de *Maravélez,* por detentadores del derecho ajeno, precisamente en el globo que hoy señalan los demandados como baldío, están querellados, entre otros, Glicerio Acevedo, Pedro A. López (alias *Tumbago),* Abraham y Fidel Sánchez y otros.

7º El globo de terreno que señalan los demandados como baldío, es una montaña que la hacienda cuida con gran esmero, pues necesita de ella.

8º Los demandados Acevedo y López no tienen en el globo enunciado mejora alguna y fuera de los pequeñísimos desmontes y daños que hicieron en la montaña, por lo cual hubo que querellarlos, nada tienen. Por los daños que hicieron, antes deben a la hacienda los perjuicios que ésta a su debido tiempo cobrará. De suerte, pues, que ninguno de los demandados tiene mejoras que le den derecho para solicitar una adjudicación, toda vez que ni las tienen, ni sobre esa montaña puede recaer una adjudicación, por ser el globo que delimitan, una propiedad particular.

9º Los demandados ni siquiera señalaron las mejoras que afirman tener dentro del globo en mención.

10. Quienes, fuera de tener títulos de propiedad, como los opositores, han mejorado extensión tan enorme como los potreros de *Maravélez* y poseído como parte integrante las montañas aledañas, de las cuales hace parte el globo que señalan los demandados, tienen derecho no sólo a que no se les deje arrebatar su dominio por medios vedados, sino a que se les proteja también contra toda simple turbación o embarazo.

Los demandados contradijeron la acción.

El Juez decidió así:

"1º Declárase que los señores Glicerio Acevedo, Pedro A. López (alias *Tumbago),* y Antonio Sánchez no tienen derecho a que se les adjudique a título de colonos o cultivadores extensión alguna del terreno denominado *La Popa,* situado en jurisdicción de este Municipio, y cuyos linderos se especificaron en la parte motiva de este fallo, el cual denunciaron como baldío ante la Gobernación del Departamento en memorial de fecha cinco de noviembre de mil novecientos veintitrés.

"2º No se declaran probadas las tachas propuestas contra algunos testigos de cada parte; y

"3º Se condena a los demandados a las costas del juicio."

Por apelación de la parte demandada, el Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de fecha veinticinco de junio de mil novecientos veintiocho, confirmó la de primer grado.

La misma parte interpuso casación.

El recurso es admisible y se basa en la primera y cuarta causales.

Causal cuarta.

Tiene por motivo el que los demandantes opositores expresaron en su demanda como petición principal la de que el Juez declarase que los demandados no tienen derecho para que se les adjudique a título de cultivadores terreno alguno dentro del globo de *La Popa,* tal como se describe allí mismo.

La autoridad que tiene la atribución de decidir si un denunciante de baldíos a cualquier título tiene o nó derecho para ello, es la administrativa representada por el Gobierno Nacional, quien la ejerce por el órgano del Ministro de Estado respectivo. Este es quien, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 77 del Código Fiscal, decide

si el pretendiente al terreno baldío tiene o nó derecho para hacer el denuncio. Es así que el Juez, primero, y luégo el Tribunal, declararon que los demandados "no tienen derecho a la adjudicación de las tierras que pidieron, que fue lo pedido por los demandantes en su demanda; luego usurparon una atribución del Poder Ejecutivo."

Se responde: el cargo es de poca sustancia. No porque la autoridad administrativa deba examinar y decidir si un denunciante de baldíos tiene el derecho y ha llenado las condiciones que la ley impone para obtener su adjudicación, puede concluírse que esa autoridad es la única que durante el procedimiento de aviso y denuncio que precede a la adjudicación, tenga de tratar y resolver acerca de los derechos del denunciante para pretender la adjudicación.

Hay otra clase de relaciones jurídicas que pueden agitarse a virtud de aquellos procedimientos, tales como las que se refieren a terceras personas, cuyos derechos pueden afectarse. Por esta razón el Código Fiscal, al regular las concesiones de baldíos a cultivadores o colonos, a tiempo que determina los puntos de derecho y los requisitos con que puede hacerse una adjudicación, tiene también disposiciones que establecen acciones y las reglamentan, por medio de las cuales se ventilan las relaciones de derecho de segunda clase que se dejan mencionadas, no ya respecto del Estado sino de particulares. Esos medios constituyen las oposiciones.

El recurrente aparenta olvidar que al lado del artículo 77 del Código Fiscal, cuya violación acusa, existen muy contiguos los artículos 72 y 74 que establecen la facultad, la causa y las acciones de oposición y determinan que es el Poder Judicial quien debe dirimirlas. Todo opositor la primera cuestión que plantea en intención, sea cual fuere la redacción que adopte, es ésta: el denunciante carece de derecho para aspirar a la adjudicación, porque existe otro prevaleciente que lo destruye; no otra cosa significa la frase "hacer valer sus derechos" que emplea el artículo 74.

Primera causal.

Tiene varios motivos.

Primer caso: violación del artículo 77 del Código Fiscal y del 57 de la Constitución. Establece el segundo el principio de que todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones. Dispone el primero que finalizadas las oposiciones que han podido surgir contra la adjudicación de un baldío por sentencia judicial favorable al denunciante, el Ministerio dictará la resolución a que haya lugar.

La violación de estos artículos la deriva el recurrente del error en que incidió el Tribunal al apreciar la demanda, error que consiste en que habiendo pedido el opositor, como acción principal, que se declarase que los demandados no tienen derecho para que se les adjudique a título de cultivadores extensión alguna de terreno dentro del globo que señalan como baldío, denominado *La Popa,* el Tribunal entendió que lo pedido era la declaración de derechos a favor de los demandantes y no de falta de derechos de los demandados. De este supuesto error deduce el recurrente que el sentenciador violó el principio de la separación de los poderes públicos.

Se responde: toda demanda de oposición entraña dos conceptos correlativos, a saber: que el opositor tiene un título que debe prevalecer sobre el derecho que aduce el denunciante de un baldío, y que éste carece de derecho para llevar a cabo su denuncio. Y como en toda sentencia en un juicio de oposición debe empezarse, en buena lógica, por estudiar el título del demandante, si éste se halla legítimo y no desvirtuado por el del demandado, el fallo del juzgador consiste, naturalmente, en la declaración de derechos a favor del demandante, la cual implica necesariamente que en ella queda comprendido el desechamiento del título alegado por el demandado. Como se ve, el artículo 77 del Código Fiscal y el 57 de la Constitución, cuya violación acusa el recurrente, son completamente extraños a la cuestión suscitada en casación. Es cierto que el artículo 77 ordena que el Ministro decida definitivamente acerca de la adjudicación pedida, lo cual debe hacer o cuando no ha habido oposición (artículo 76), o cuando la sentencia judicial ha sido favorable al denunciante (artículo 74, inciso 2º). Como en el caso actual ninguno de estos dos eventos acaeció, porque hubo oposición y ésta fue sentenciada en contra del denunciante, las diligencias sobre adjudicación quedaron finalizadas, y el Ministro carece por lo mismo de la intervención que le da el artículo 77 citado.

Segundo cargo: violación del artículo 61 del Código Fiscal que declara nó poder adquirirse por prescripción el dominio de los baldíos. El recurrente acusa la sentencia por un error que él mismo declara que no cometió el Tribunal. Es peregrina su argumentación: empieza por reconocer que éste decidió el pleito basado en los títulos de dominio sobre la finca de *Maravélez* que exhibieron a su favor los opositores, dentro de la cual halló probado el Tribunal que estaba comprendido el terreno denunciado por los demandados como baldío. Pero como el dominio en razón de título traslaticio no fue invocado por los actores, sino solamente una posesión de veinte años, por lo mismo no se podía entrar a considerar si los denunciantes tienen o nó dominio en esas tierras. El Tribunal, por lo mismo también, sólo pudo entrar a considerar este supuesto fundamento de la demanda y declarar probado el dominio, si una posesión por cerca de veinte años, que fue lo invocado por los demandantes con más título, fuera prueba de una prescripción adquisitiva.

Se responde: el Tribunal no tomó para nada el título de prescripción, ni podía tomarlo porque los demandantes no lo invocaron. Estos adujeron escrituras públicas de propiedad y además el título de colonos derivado de la ley, que es muy diferente del de prescripción adquisitiva. El Tribunal basó su sentencia en los instrumentos públicos; mal ha podido entonces violar el artículo 61 del Código Fiscal.

Tercer cargo: violación indirecta del artículo 46 del Código Fiscal, según el cual las tierras baldías son aplicables, entre otros fines, a concesiones a cultivadores. El cargo, según el recurrente consiste "en no haber tenido el Tribunal las tierras denunciadas por tierras baldías, como lo son, y haber declarado que los demandados, cultivadores de esas tierras, no tienen derecho a su adjudicación."

Se responde: el Tribunal decidió que aquellas tierras no eran baldías, sino de propiedad privada, por hallarse comprendidas dentro de una finca de mayor extensión, de que eran dueños los opositores, de acuerdo con ciertos títulos escriturarios. Si la estimación de estos instrumentos adolece de error, ésta ha debido ser la acusación demostrada, como bien lo comprendió el recurrente cuando formuló en seguida su

Cuarto cargo: suponiendo, dice, que los demandantes hubieran fundado su demanda en dominio de las tie-

rras, las escrituras de venta por ellos presentadas, de las cuales la más antigua es de 1904, no acreditan ese dominio. Son baldías las tierras que carecen de dueño que no sea la Nación, según el artículo 44 del Código Fiscal. El título del Estado es de carácter negativo. Las tierras baldías son imprescriptibles conforme al artículo 61 del mismo Código. Por consiguiente, con unas cuantas escrituras de venta que datan de 1904, aunque hagan serie y perfectamente engranen y se sucedan, no puede comprobarse el dominio. Preciso era exhibir las escrituras desde una anterior al primer texto sobre imprescriptibilidad de las tierras baldías. Uno es dueño porque lo fue su antecesor y pudo transmitir su dominio y así hasta el origen de la propiedad. La sentencia al pasar por sobre los artículos citados incurrió en violación de ellos.

Se considera: el recurrente reproduce en esta ocasión la consabida teoría de prueba llamada del diablo, que ha sido confutada otras veces por esta Superioridad y sustituída por otra que consulta la estabilidad del derecho de propiedad y obedece a los principios sobre correlación de los de la cosa juzgada. Entre dos litigantes que aducen títulos de propiedad literales y preconstituídos, prevalece el de más antigua data; el título que se opone al poseedor material, cede a la presunción de dominio que favorece a éste, si la posesión ha antecedido al título escrito; y por el contrario, éste predomina sobre ella, cuando le es anterior. Este último es el caso que ocurre en este juicio. Los denunciantes del baldío solicitaron su adjudicación a título de colonos, agregando a la suya la posesión material de varios antecesores, también cultivadores, cuya posesión a su vez databa de diez años computados hasta la fecha en que se inició el juicio (22 de mayo de 1924). Los títulos aducidos por los opositores, arrancan del año de 1904, es decir, anteceden en diez años a la posesión invocada por los colonos denunciantes.

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

1º No es casable la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira el veinticinco de junio de mil novecientos veintiocho en este juicio; y

2º Se condena a la parte recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Filandia, Francisco A. Hernández V. demandó, por la vía ordinaria, a Rosa Martínez, casada con Félix Osorio, Bernardo, María Dolores, Ester, Julia, Jorge Isaac, José Guillermo, Luis Angel y José Israel Martínez, para que por sentencia definitiva se hiciesen estas declaraciones:

"a) Que es nula, de nulidad absoluta, la actuación llevada a cabo, primero en uno de los Juzgados del Circuito de Armenia (C.), y luégo en el Juzgado a quien me dirijo, por la cual se empezó y feneció el juicio mortuorio del finado Isaías Martínez Hurtado, sobre toda la partición que se verificó de los bienes inventariados en dicho juicio. Ante todo debe declararse nula la declaratoria de herederos, ya que los declarados son hijos de Isaías Martínez Patiño.

"b) Que como consecuencia de la declaratoria anterior, tengo derecho, en mi condición de subrogatorio de la señora Margarita Rodríguez, cónyuge sobreviviente de Isaías Martínez Patiño, a iniciar el juicio mortuorio de éste hasta su terminación, o a intervenir en un todo en él, y a obtener para mí lo que en los bienes relictos habría de corresponderle a la expresada señora Rodríguez.

"c) Que hubo **dolo** de parte de los que figuraron como herederos de Isaías Martínez Hurtado, al hacerse reconocer como tales, y no hacer figurar a la señora Margarita Rodríguez, lo que ha viciado de nulidad absoluta la actuación, y ante todo, la liquidación, partición y adjudicación de los bienes del finado.

"d) Que fuera de lo dicho, en la mencionada actuación se pretermitieron formalidades indispensables.

"En subsidio demando la rescisión de la partición que se llevó a cabo con intervención de las personas contra quienes va dirigida la demanda, a fin de que se lleve a cabo esa partición con todos los que tengan interés en ella, especialmente la señora Margarita Rodríguez, o yo, que hoy la represento.

"Otrosí. Como petición subsidiaria, que se declare que hubo error de hecho al hacerse figurar a los demandados como herederos de Isaías Martínez Hurtado, debiendo haberlo sido de Isaías Martínez Patiño."

Cito en apoyo de esta demanda los artículos 1374 a 1410 del Código Civil; 123 a 142 de la Ley 105 de 1890, y los hechos siguientes:

"1º Por la escritura pública número 585, otorgada en Pácora, con fecha veintiocho de agosto del año en curso, la señora Margarita Rodríguez me vendió el derecho que le corresponde en los bienes de la sucesión del finado Isaías Martínez Patiño, su legítimo esposo, por razón de gananciales en el matrimonio que llevó con el expresado Martínez, o a cualquier otro título.

"2º En ese Juzgado se dio término al juicio mortuorio del finado Isaías Martínez Hurtado, según se ve de la partida que expidió en Bogotá el párroco de la iglesia de Santa Bárbara, a cinco de enero del año en curso, juicio que está hoy protocolizado en la Notaría de este Circuito.

"3º En el aludido juicio mortuorio se hizo caso omiso de la señora Margarita Rodríguez, y se declaró como a sus únicos y universales herederos a los señores Bernardo, Rosa María, María Dolores, Ester, Julia, Jorge Isaac, José Guillermo, Luis Angel y José Israel Martínez.

"4º En el juicio a que me vengo refiriendo figura un mismo individuo como apoderado de los mayores y curador **ad litem** de los menores, acumulación de funciones que yo considero absolutamente ilegal.

"5º La señora Margarita Rodríguez, que se encontraba en Pácora cuando aquí se seguía el juicio, envió un poder, mejor dicho, envió desde allá a su hermano Juan Bautista Rodríguez, con poder legalmente constituido para que la representara en el aludido juicio, poder que presentó al apoderado curador **ad litem**, quien manifestó al hermano de la señora Rodríguez que se volviera tranquilo, pues que dicha señora se haría figurar en el juicio,

y que se le entregaría religiosamente lo que en la partición le correspondiera.

"6º Confiado en esta promesa, el expresado Rodríguez regresó tranquilo, dejando el poder en manos del señor apoderado-curador **ad litem**.

"7º El señor Félix Osorio, esposo de una de las herederas, durante el curso del juicio mortuorio, estuvo comunicando a la señora Rodríguez, por medio de cartas y telegramas dirigidos a Pácora, que estuviera tranquila, que el juicio mortuorio de su esposo seguía su curso regular, y que muy pronto le iría el valor de lo que a ella le correspondía en el premencionado juicio.

"8º Confiada en estas reiteradas promesas, la señora aguardó tranquila, lo cual sirvió para que los interesados residentes aquí, adelantaran con rapidez vertiginosa la secuela de la sucesión, aun pretermitiendo en ella formalidades absolutamente necesarias para la sustanciación de los juicios de esta clase.

"9º Entre otras irregularidades, anoto las siguientes, que resaltan sobre todas las demás: en auto de ocho de julio del año en curso, se aprobaron los inventarios practicados, y allí mismo se hizo la declaratoria de herederos, prescindiendo de la señora Margarita Rodríguez, cónyuge sobreviviente; en auto anterior, que lleva fecha quince de junio, se mandó correr traslado de los inventarios por medio de un edicto que debería permanecer fijado por tres días, para que dentro de los seis siguientes se manifestara lo que se tuviera por conveniente. Ese edicto fue fijado el diez y siete del expresado mes de junio, y desfijado al día siguiente, o sea el diez y ocho; no permaneció, pues, los tres días; en escrito de doce de julio del año que corre, se demandó la partición de los bienes inventariados, y en esa demanda, como en todo el resto del juicio, se prescindió de la señora Rodríguez, viuda del finado Martínez."

Contestaron los demandados rechazando las pretensiones del actor, y oponiendo las excepciones de petición antes de tiempo, o de un modo indebido e improcedencia en la acción.

El Juez del conocimiento absolvió a los demandados de los cargos de la demanda; pero el Tribunal de Pereira falló en contrario, así:

"1º **Revócase** la sentencia apelada y se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"2º Declárase nulo el juicio de sucesión correspondiente a Isaías Martínez Hurtado, por haber versado sobre bienes que no correspondían a su sucesión, y a la vez haber reconocido como a sus legítimos herederos individuos procreados por otro homónimo en un matrimonio extraño.

"3º Como consecuencia de la declaratoria anterior, se declara nula, de nulidad absoluta, la partición que de tales bienes hicieron en el mismo juicio y rescindida dicha partición; y

"4º No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas.

"Líbrese exhorto al Registrador de instrumentos públicos respectivo para que cancele las inscripciones que haya hecho, en relación con la partición de bienes declarada nula, y especialmente en lo que respecta a la sentencia aprobatoria de la partición."

Contra esta última sentencia interpusieron los demandados recurso de casación, que la Corte admite, por reunir las condiciones de la ley, y procede a decidir, previo el estudio de la demanda respectiva.

En ésta se hacen a la sentencia los siguientes cargos:

1º Incompetencia de jurisdicción, improrrogable en el Tribunal sentenciador, porque las nulidades alegadas por el demandante no son de carácter sustantivo, de acuerdo con el artículo 6º del Código Civil, sino de las de índole adjetiva, que se rigen por el Código de Procedimiento, y que en el caso de la presente demanda no pudieron ser objeto de acciones separadas del juicio en que se incurrió en ellas. Las nulidades de procedimiento, dice el recurrente, sólo pueden declararse por regla general, en el mismo juicio, y si se declaran en juicio distinto, ello se hace sin facultad, sin tener jurisdicción. El artículo 195 del Código de Organización Judicial, dice que es prohibido a los funcionarios del orden judicial ejercer atribuciones que expresa y claramente no les haya conferido la Constitución o las leyes. De modo que el Tribunal se atribuyó una facultad que carece de base legal, lo cual constituye la causal de incompetencia de jurisdicción improrrogable.

Se considera:

Conforme a jurisprudencia constante de la Corte, la cuarta de las causales de casación, la incompetencia de jurisdicción en el Tribunal sentenciador, procede de haber conocido un Juez o Tribunal en negocios que no le están atribuídos y que competen a otro, ya por la naturaleza de la causa, o ya en razón del lugar donde deba ventilarse el juicio. (Véase casación de treinta de septiembre de mil novecientos quince. Tomo 25, página 149).

Ahora bien: en el caso presente, el Tribunal tenía jurisdicción para conocer en la segunda instancia del juicio, y si los hechos alegados en la demanda como motivos de nulidad del juicio de sucesión de Isaías Martínez Hurtado, no eran atinentes para hacer la declaración pedida en juicio separado, se habrá infringido la ley, mas no es el caso de usurpación de jurisdicción improrrogable, que es la que se ejerce fuera de la esfera que traza la ley, por razón de la naturaleza de la causa y por el lugar en que hayan de ventilarse los juicios.

2º cargo. Violación de los artículos 1741 del Código Civil y 15 de la Ley 95 de 1890, por indebida aplicación de ellos, porque el Tribunal consideró la nulidad del juicio como sustantiva, ya que basó la declaración en hechos que generan acciones sustantivas, puesto que dijo "por haber versado sobre bienes que no correspondían a la sucesión, y a la vez haber reconocido como a sus legítimos herederos, individuos procreados por otro homónimo en matrimonio extraño."

A esto se observa que el fundamento que tuvo el Tribunal para declarar la nulidad del juicio sucesorio, fue la carencia de personería de los que figuraron en él, y haber dejado de incluír al cónyuge sobreviviente, hechos que considera como dolosos, ya que tenían por objeto inferir daño al cónyuge excluído. En el fondo, fue el dolo la razón fundamental del fallo.

Dice así el Tribunal:

"Ahora bien: los presuntos herederos de Isaías Martínez Patiño se valieron, para obtener los inventarios, de una copia de la partida de defunción de quien no era su ascendiente, y con base en ella, hicieron practicar los inventarios y avalúos de los bienes de propiedad del verdadero ascendiente, y luégo se los repartieron, prescindiendo a la vez del cónyuge sobreviviente. Tal procedimiento, no solamente ha generado la nulidad del juicio, en cuan-

to a su gestación y sustanciación posterior, por carencia de personería de quienes han intervenido en el juicio y por haber dejado de incluír nada menos que uno de los socios de la sociedad conyugal, sino que lleva en sí el sello de una nulidad absoluta, en cuanto a la partición de los bienes, porque la partición se equipara a un contrato, en el cual varios condueños han convenido en hacer cesar el cuasicontrato de comunidad, repartiéndose los haberes que antes constituían un acervo común, y en donde—se entiende—están representados todos los coasignatarios o partícipes del haber hereditario. Pero si por excluír, no a uno de los herederos, sino a quien era socio del causante a quien se hereda, o quien por lo menos tenía derecho a hacer valer derechos expresamente determinados en nuestro Código Civil, se levanta una prueba apócrifa y con ella se sigue un juicio de sucesión a espaldas del verdadero causante, y especialmente de quien se considera cónyuge sobreviviente; se reparten esos bienes y se obtiene hasta la posesión material de ellos, todo esto está demonstrando con una claridad meridiana el **dolo** con que se procedió, dolo que consiste en perjudicar los derechos de un tercero, y por tal motivo ese contrato de partición es anulable y rescindible por ministerio del artículo 1405 del Código Civil, y con fundamento en los principios generales que establecen los artículos 1741 ibídem y 15 de la Ley 95 de 1890."

Hubo, dice el recurrente, violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, por indebida aplicación, ya que las informalidades de procedimiento no producen nulidades absolutas ni relativas, sino simples nulidades; y sin embargo declaró nulo completamente el juicio de sucesión del señor Isaías Martínez Hurtado, pues que en la demanda se pidió la nulidad con carácter de absoluta.

Sin entrar en otras consideraciones, la Corte observa que en la parte resolutiva del Tribunal se limitó a declarar nulo el juicio de sucesión, sin determinar si era absoluta o relativa tal nulidad.

4° cargo. Violación directa del artículo 1405 del Código Civil, porque las particiones se rescinden o anulan de la misma manera que los contratos, y en el caso actual, el acto partitivo se declaró nulo en el numeral tercero, como consecuencia de una nulidad procedimental, lo que es una violación directa del artículo acotado, pues que una cosa es la actuación y otra muy distinta el acto partitivo.

Se considera:

Por la parte que en otro lugar se dejó transcrita de la sentencia del Tribunal, se ve que el fundamento de la nulidad de la partición fue el dolo, que en concepto del sentenciador consistió en haberse levantado una prueba apócrifa para seguir y concluír un juicio de sucesión a espaldas del cónyuge sobreviviente, cuyo haber fue repartido entre los que figuran en el juicio, y luégo entregado a ellos. No fue, pues, que la nulidad del juicio de sucesión engendrara la nulidad de la partición, sino que el Tribunal estimó que ésta era dolosa, por las razones que se dejan apuntadas.

5° cargo. Violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y del 1741 del Código Civil, por indebida aplicación al caso del pleito, al considerar que era nulidad absoluta de una partición el haberse omitido en ella a un copartícipe, lo cual no constituye el interés actual que requiere el artículo 15 citado, porque no habiendo sido parte el copartícipe excluído en el acto de la partición, no puede ser afectado por éste.

Considérase:

Es evidente que a la cónyuge sobreviviente excluída del juicio de sucesión de Isaías Martínez Hurtado, y luégo de la partición verificada en ese juicio, sin que se hubiera hecho la liquidación previa de la sociedad conyugal, no le perjudica jurídicamente ni el juicio, ni la sentencia aprobatoria de la partición, de modo que bien pudo, a pesar de ella, pedir dicha liquidación y luégo reclamar lo que le correspondiera a ella en su calidad de cónyuge, o seguir el juicio de sucesión, si optaba por su porción conyugal; pero en el caso presente, el Tribunal consideró que hubo dolo en seguir el juicio a espaldas del cónyuge sobreviviente hasta obtener los herederos la posesión material de los bienes que pertenecían a la sociedad conyugal ilíquida, y en ese concepto, consideró que hubo intención de inferirle perjuicio a dicho cónyuge, y por lo mismo que éste tenía derecho, como víctima del dolo, para demandar la nulidad. Y si es cierto, como se dejó dicho, que en derecho el juicio y la partición, como actos pasados entre terceros, no menoscababan sus acciones, no puede negarse el perjuicio en el hecho, ya que entregados los bienes a los partícipes, se tendría que ver obligada la cónyuge a reivindicar lo que en la nueva partición pudiera corresponderle a título de gananciales o de porción conyugal, o resignarse a perder los no reivindicables, si los primitivos adjudicatarios hubieren dispuesto de ellos y no tuvieren con qué responder al verdadero dueño.

6° cargo. Violación del artículo 1741 del Código Civil, por efecto de errónea interpretación, al estimarse que el dolo producía nulidad absoluta, cuando lo que produce es nulidad relativa; y violación también del artículo 63 del mismo Código, en cuanto deduce el Tribunal la intención de inferir el daño del hecho de omitirse, o mejor, de haberse omitido en la sucesión a una persona que podía tener interés en ella.

Se considera:

Es verdad que la primera parte del punto 3° de la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal declara nula, de nulidad absoluta, la partición de bienes objeto de este pleito; pero en la segunda parte declara rescindida dicha partición. Ahora bien: si hubo error en la calificación de la nulidad en la primera parte de la declaración 3ª, la segunda parte no deja duda de que se trata de una nulidad relativa, que engendra la acción rescisoria, conforme al último inciso del artículo 1741 invocado, que dice así:

"Cualquier otra clase de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato."

La parte acusada del fallo cuando más acusaría un error de técnica jurídica, que en nada perjudica el fondo de la cuestión, pues ya se considere nula absolutamente o simplemente rescindida la partición, los efectos en el caso que se estudia son idénticos.

Cuanto a la violación del artículo 63 del Código Civil, debe tenerse en cuenta que el Tribunal halló el dolo, no únicamente en el hecho de haberse prescindido del cónyuge sobreviviente en el juicio de sucesión de Isaías Martínez, sino en los hechos resumidos en el pasaje de la sentencia que a continuación se transcribe:

"Pero si por excluír, no a uno de los herederos sino a quien era socio del causante a quien se hereda o a quien cuando menos tenía derecho a hacer valer derechos expresamente determinados en nuestro Código Civil, se levanta una prueba apócrifa y con ella se sigue un juicio de sucesión a espaldas del verdadero causante, y especialmente de quien se considera cónyuge sobreviviente; se reparten esos bienes y se obtiene hasta la posesión

material de ellos, todo esto está demostrado con una claridad meridiana, el **dolo** con que se procedió, dolo que consiste en perjudicar los derechos de un tercero, y por tal motivo ese contrato de partición es anulable y rescindible por ministerio del artículo 1045 del Código Civil, y con fundamento en los principios generales que establecen los artículos 1741 ibidem y 15 de la Ley 95 de 1890."

7º cargo. Error de derecho en la estimación de la prueba, por haber apreciado como tál la escritura 585, otorgada el veintiocho de agosto de mil novecientos veintiséis ante el Notario de Pácora. Esta escritura debió haberse registrado en el libro de causas mortuorias, porque cuando se otorgó ya estaba iniciado el juicio de sucesión de Isaías Martínez. Con ello se violó el artículo 38 de la Ley 57 de 1887.

Por esa escritura la señora Margarita Rodríguez M. vendió al señor Francisco Hernández V. el derecho que a la vendedora, en su carácter de esposa legítima que fue del señor Isaías Martínez, le corresponde por gananciales, por su porción conyugal o por cualquier otro título, en los bienes de la sucesión del expresado señor Martínez.

Aparece inscrita la escritura en los libros 1º y 2º de la Oficina de Registro de Filandia.

Ahora bien: por lo que respecta a la venta de gananciales que pudieran corresponderle a la señora de Martínez en la sociedad conyugal, no es el caso de registro en el libro de causas mortuorias, porque el título no tiene su origen en un juicio de sucesión, sino en una sociedad conyugal.

Esta Corte ha dicho:

"La escritura de cesión de bienes hereditarios queda registrada válidamente en el libro segundo; no es preciso inscribirla en el libro de causas mortuorias. En éste se inscriben todos los títulos que tienen su origen en el juicio de sucesión, pero no todos los que de alguna manera se relacionan con la sucesión de una persona. (Casación de 10 de octubre de 1923. Tomo 30, página 352)."

También se acusa la sentencia por error de derecho, en cuanto el Tribunal apreció como prueba las partidas que en copia figuran, tomadas de la sucesión de Isaías Martínez, copias de copias, y además, expedidas por un funcionario que no está encargado del registro civil. La copia del certificado de defunción de Martínez y de nacimiento de sus hijos han debido venir a los autos expedidos por los respectivos curas párrocos.

Se considera:

Como la base de la sentencia consiste en que dolosamente, y a espaldas de la cónyuge sobreviviente, se hizo el reparto de los bienes de la sucesión del señor Isaías Martínez entre los herederos de éste, sin hacer la liquidación previa de la sociedad conyugal, y por lo mismo, desconociendo los derechos de uno de los socios de la expresada sociedad, los elementos probatorios que tuvo en cuenta el Tribunal fueron la partida que acredita el matrimonio de la cónyuge excluída con el señor Isaías Martínez, expedida directamente por el cura párroco respectivo (folio 2º del cuaderno 1º), y la copia de la partición de todos los bienes que fincaron a la muerte de Martínez, hecha entre los herederos de éste. No tenía el sentenciador porqué apreciar aisladamente las partidas a que se refiere el recurrente, desde luégo que la partición demuestra por sí misma el hecho de la distribución de los bienes entre los herederos de Martínez.

Como último cargo apunta el recurrente el evidente error de hecho en que incurrió el Tribunal, al considerar como dos personas diferentes a los que él llama Isaías Martínez Patiño e Isaías Martínez Hurtado, pero no señala cuál es la prueba mal apreciada al respecto.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declára que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Pereira, el quince de junio de mil novecientos veintiocho, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre trece de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

José Ignacio Pardo C. demandó a Jeremías de J. Pardo, albacea testamentario de Dolores Pardo de Pardo; a la sucesión ilíquida de Mamerto Pardo; a la Iglesia de Choachí; a la señora Mercedes Rodríguez de Pardo; a las señoritas Elvira Rodríguez y Visitación y Teresa Pardo para que se declarara nulo el testamento otorgado por la señora Dolores Pardo de Pardo por la escritura pública número 516 de fecha veintidós de agosto de mil novecientos veintiuno, en el Círculo de Fómeque, por estar demente la testadora en el momento de expresar su última voluntad.

El Juez de la instancia libró el pleito absolviendo a los demandados, pero el Tribunal de Bogotá revocó el fallo y declaró nulo el citado testamento.

Contra este proveído recurrió en casación el apoderado de los demandados Jeremías de J. Pardo y Teresa Pardo, recurso que la Corte admite y del cual se ocupa por estar ajustado a derecho.

El sentenciador conceptuó que el doctor José Ignacio Pardo C. tenía interés en demandar la nulidad del referido testamento, una vez que hecha tal declaración los bienes de la testadora pasarían a su hijo Mamerto y de éste al poder del demandante.

El recurrente ataca ese concepto del sentenciador sosteniendo que el demandante no es heredero de Mamerto Pardo y por consiguiente considera violado el artículo 1049 del Código Civil.

El Tribunal dijo al respecto lo que se copia:

"El primero de febrero del año de mil ochocientos veintisiete contrajeron matrimonio en Choachí, Ignacio Pardo y Alejandra Pardo. De este matrimonio nacieron José Ignacio el veintiuno de junio de mil ochocientos treinta y nueve, y Patrocinio, el veintidós de abril de mil ochocientos cincuenta. Tanto Alejandra como su esposo fallecieron, la primera en el año de mil ochocientos ochenta, y el segundo, en el año siguiente.

"José Ignacio contrajo matrimonio en Choachí con Ana Dolores Pardo, el seis de septiembre de 1866. Ana Dolores o Dolores es la persona de cuyo testamento se trata. De este matrimonio nació Mamerto el trece de mayo del año de mil ochocientos sesenta y nueve.

"Patrocinio Pardo, el hermano de Ignacio Pardo, casó con María Josefa Calderón el veinte de julio de mil ochocientos ochenta y uno, habiendo nacido de este matrimonio José Ignacio Pardo Calderón, el actual demandante.

"De manera que el demandante y Mamerto Pardo, el hijo de Dolores Pardo de Pardo y a quien ésta instituyó como su heredero testamentario en el acto que se trata de anular, son primos hermanos.

"Ignacio Pardo, su esposa Dolores Pardo de Pardo, su hijo Mamerto y Patrocinio Pardo fallecieron uno en pos de otro y en el orden en que se nombran.

"En el juicio de sucesión de Mamerto Pardo fue reconocido Patrocinio como heredero en su condición de colateral legítimo en el grado próximo. Y en el juicio de sucesión de Patrocinio, al demandante se le reconoció su carácter de heredero, por ser hijo legítimo. Con esto se acredita que José Ignacio Pardo C., quien por virtud de testamento anterior al de que se está conociendo, otorgado por Dolores Pardo de Pardo en Choachí, ante el Notario de Fómeque el día doce de marzo de mil novecientos diez y siete, recoge, según la institución de heredero hecha en su testamento, toda la herencia de su madre.

"De manera que el actor sí tiene el interés jurídico exigido por la ley para instaurar la acción de nulidad absoluta, supuesto que en definitiva concurre con los demás herederos de Mamerto Pardo a recibir la herencia de Dolores Pardo de Pardo."

Como se ve por lo transcrito, el sentenciador reconoció que es el colateral de grado más próximo el heredero, con exclusión de los otros, dando aplicación así al artículo 1049 del Código Civil citado por el recurrente, artículo que está derogado expresamente, colateral a quien hereda su hijo legítimo, el actual demandante.

Acusa el recurrente la sentencia por violación del artículo 51 de la Ley 95 de 1890, por cuanto el demandante no tiene interés en la anulación del testamento, porque no se sabe si en la sucesión de su padre Patrocinio Pardo se le adjudicara el derecho que tenía Mamerto Pardo para demandar la nulidad del testamento de su madre.

Es de toda evidencia el interés del demandante: anulado el testamento de la señora Pardo de Pardo, todos sus bienes pasarán a su hijo Mamerto, y como éste también murió sin dejar más herederos colaterales de grado más próximo que el padre del demandante, a éste pasarán todos esos bienes, y como éste colateral murió, es su hijo el doctor Pardo Calderón quien recogerá todos esos bienes.

Y no se diga que como no se sabe si el derecho de Mamerto para pedir la nulidad del testamento se le adjudique al demandante, éste no tiene interés actual, porque, declarada la nulidad, los bienes vuelven al patrimonio del heredero aumentando así el caudal del hereditario del cual se aprovecha el demandante.

Ahora, si lo que se quiere decir es que Pardo no puede demandar esa nulidad porque no se ha adjudicado ese derecho, tampoco podría demandar el hijo la nulidad del testamento de su padre, porque no se sabe si se adjudicará en la sucesión ese derecho, postulado que el mismo recurrente rechazaría.

Se dice que la sentencia viola los artículos 757 y 765 del Código Civil por cuanto considera que el demandante ha dispuesto de inmuebles pertenecientes a la sucesión de Mamerto Pardo sin que se llenen las prescripciones del artículo 757, pero es de advertir que el demandante no ha dispuesto de ningún inmueble de la sucesión de Mamerto Pardo, ni de su padre Patrocinio, para que pueda aplicarse la prescripción del artículo 757 del Código Civil.

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

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha diez y siete de abril de mil novecientos veintinueve.

Segundo Las costas son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Ignacio Esparza, por medio de apoderado, entabló ante el Juez 2º del Circuito de Bucaramanga juicio para que se decretara el deslinde y amojonamiento de la finca denominada *La Floresta,* situada en el paraje de La Vega de los Angeles, en jurisdicción del Municipio de Lebrija, contra Juan Carrillo y Gorgonio González, dueños respectivamente de los predios *Palermo* y *Cutigatá,* en la parte que con estas propiedades colinda. La finca *La Floresta* está delimitada así: por el Oriente, con terrenos de Juan Carrillo H., Pedro Sandoval y Miguel Serrano, sirviendo de lindero un mojón de piedra clavado en el punto llamado *Cañoneras,* el cual deslinda los terrenos de las sucesiones de Secundino González y Cirilo Esparza; de este mojón, en línea recta, a otro mojón de piedra clavado a la orilla de una quebrada que separa los terrenos de *Primavera* y *Floresta;* por el Sur y Occidente, con terrenos de Eliseo Serrano C., Bartolomé Rujeles, Secundino Ardila, Juan Maldonado y Gorgonio González, sirviendo de lindero con el último (González) la cabecera de un potrero, a orillas de una quebrada; de este punto, en línea recta, a dar a un mojón de piedra clavado a orillas de *Cañoseco;* por el Norte, con terrenos de Tiburcio, Felipe y Evangelista Argüello, sirviendo de lindero la orilla del desmonte que ellos y Juan Carrillo H. tienen allí; por esta orilla del desmonte, en línea recta, a dar a la otra línea recta que va de Norte a Sur, por el costado oriente del terreno, que se tomó como primer lindero.

Como base de la acción se enuncian estos hechos:

1º El actor es dueño del terreno arriba descrito, por compra que de él hizo a las señoras Ana Mercedes y Elisa González, según escritura pública número 381 de fecha nueve de mayo de mil novecientos veinticuatro, Notaría 2ª de Bucaramanga.

2º No está marcada sobre el terreno con cercas ni otras señales la línea divisoria que por el punto de Oriente separa el predio de *La Floresta* del predio denominado Palermo, hoy de propiedad de Juan Carrillo, por compra que de él hizo a Pedro Sandoval, según la escritura número 230 de veinticuatro de octubre de mil novecientos veintiuno, Notaría del Circuito de Girón; pues aun cuando el lindero en dicha parte está indicado por una recta que parte de un mojón de piedra en el punto lla-

mado *Cañoneras* a otro mojón de piedra clavado a la orilla de la quebrada que separa los terrenos de *Primavera* y *Floresta*,, no hay acuerdo entre los colindantes acerca de los puntos intermedios y consiguientemente acerca de la línea de separación.

3º Por el punto de Occidente ocurre lo propio entre el predio de *Floresta* de propiedad del demandante, y el predio de *Cutigatá*, de propiedad hoy del demandado Gorgonio González, según compra que hizo a Luis Felipe Tarazona, por medio de la escritura número 192 de diez de febrero de mil novecientos seis, Notaría 1ª del Circuito de Bucaramanga, pues no está tampoco señalada sobre el terreno en forma alguna la línea divisoria que separa los dos predios, la cual consiste en una recta que arranca de la cabecera de un potrero, a orillas de una quebrada, a dar a un mojón de piedra clavado a orillas de *Cañoseco*, puntos distantes que no permiten a la simple vista determinar los intermedios de la recta.

4º Tanto el demandante como los demandados son dueños de los respectivos predios sobre que versa el deslinde, pero no ha sido posible que fijen amigablemente los mojones intermedios que determinen las líneas divisorias.

El demandado González convino en la demanda y el otro demandado, Carrillo, guardó silencio.

El Juez decretó el deslinde, el cual se practicó por aquel mismo con intervención de peritos, quienes fijaron estas líneas, aprobadas judicialmente:

a) La divisoria de los predios de *Floresta* y *Palermo* que es "una línea recta que partiendo desde un mojón de piedra clavado en el punto de *Cañoneras* va a expirar a otro mojón de piedra clavado a orillas de una quebrada que separa los predios de *Primavera* y *Floresta*, mojón que se halla a cinco varas de distancia de dicha quebrada y a treinta y siete metros cuarenta centímetros de una roca por donde baja la misma quebrada."

b) La línea divisoria entre el predio de *La Floresta* y en el *Cutigatá*, es una recta que partiendo del extremo oriental del potrero que era de Félix Rosas, hoy del demandado González, en donde existe una piedra grande de figura circular que queda próxima a la quebrada de *Los Voladores*, va a expirar a la quebrada de *Cañoseco* en un punto que queda a diez cabuyadas y media de setenta y seis varas granadinas de la confluencia de esta quebrada con la *Cutigatá*.

El apoderado del demandante Esparza aceptó el deslinde en todas sus partes.

No así los demandados, quienes se opusieron a la línea trazada entre los respectivos predios.

El Juez falló la oposición así:

"Primero. Declárase no probada la oposición al deslinde practicado con fecha veinticuatro de septiembre de mil novecientos veinticinco, que ha sido materia de este fallo, y en consecuencia, se aprueba dicho deslinde y se ordena dar posesión de su finca a cada dueño, diligencia para la cual se señalará oportunamente la hora y fecha en que haya de verificarse;

"Segundo. Declárase asimismo infundada la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva, opuesta al deslinde de que se trata; y

"Tercero. Condénase en costas a los contradictores demandantes Gorgonio González y Juan Carrillo, las cuales serán tasadas en forma legal."

Por apelación de los opositores, el Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos veintisiete confirmó la de primera instancia.

La misma parte interpuso casación. El recurso es admisible y se basa en las causales legales 1ª, 2ª, 3ª y 5ª de casación.

Quinta causal.

La hace consistir el recurrente en el hecho de que el Tribunal declaró en su fallo que la excepción de prescripción adquisitiva de dominio era inadmisible en los juicios de deslinde, cuando, en sentir del recurrente, ha debido examinar de fondo tal excepción y decidirla, principalmente si resulta comprobada de autos.

Se responde: el enunciado del cargo, tal como lo hace el recurrente; tanto en su alegato presentado al Tribunal, como el formado ante la Corte, está demostrando que le ha dado una inteligencia errada a la causal 5ª de casación. En efecto, la ley la define así: "Haberse abstenido el Tribunal de conocer en asunto de su competencia y declarádolo así en su fallo."

En el presente caso, lejos de haberse abstenido el Tribunal de conocer y de fallar el juicio de deslinde, estudió en sus diversos aspectos la controversia de oposición, consideró en toda su amplitud las cuestiones de hecho y de derecho suscitadas por las partes y dictó el fallo correspondiente.

Ahora, que respecto de la excepción de prescripción la hubiera declarado inadmisible, no significa que el Tribunal se hubiera abstenido de intervenir en la decisión de ella, sino que, por el contrario, dictó fallo sobre esa excepción, que si no es de fondo, no por ello deja de recaer sobre una cuestión de defensa opuesta por una de las partes.

Si, en sentir del recurrente, toda clase de excepciones caben en el juicio ordinario, inclusive la de prescripción, y el Tribunal desecha alguna como inadmisible, no es la causal quinta la que debe alegarse, sino la primera por quebrantamiento de las disposiciones legales que ordenan lo contrario.

La causal es infundada.

Segunda causal.

En dos conceptos se aduce: por exceso en el fallo y por defecto en la decisión del Tribunal.

Consiste el primer cargo en que habiendo limitado el actor Esparza su acción de deslinde de la finca *La Floresta* por la parte occidental con el predio de *Cutigatá*, que compró Gorgonio González, su actual dueño, a Luis Felipe Tarazona, por escritura número 192, Notaría 1ª de Bucaramanga, de fecha diez de febrero de mil novecientos seis, el deslinde se practicó extendiendo la línea divisoria a otro predio—el antiguo potrero de Félix Rosas—que aunque es también de propiedad del demandado Gorgonio González, contiguo por el lado sur al especial de *Cutigatá*, sus linderos con *La Floresta* no los demandó el dueño de esta finca.

Se considera: el deslinde de *La Floresta* se demandó con relación a Gorgonio González, por causa de que el linde occidental de aquella finca que lo constituye, según los títulos de propiedad del actor, "la cabecera de un potrero a orillas de una quebrada; de este punto, en línea recta, a dar a un mojón de piedra clavado a orillas de *Cañoseco*," aunque expresado de una manera general en tales títulos, no está marcada sobre el terreno con cercas ni otras señales la línea divisoria con el predio de *Cutigatá* que González compró a Luis Felipe Tarazona por la escritura 192,

Ahora bien, el globo de tierra de Gorgonio González, colindante con *La Floresta*, lo constituyen dos predios que aunque confundidos hoy en una sola finca, por razón de contigüedad y un dominio común, son diferentes en su origen: el uno es terreno que González compró a Luis Felipe Tarazona, según la escritura número 192 citada; el otro es terreno que aquel mismo compró a Félix Rosas por escritura pública número 51, Notaría de Bucaramanga, de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos tres. El lindero oriental del primero (occidental de *La Floresta*), es "tomando desde el extremo oriental del potrero de Félix Rosas hasta dar al punto de la quebrada de *Cañoseco* donde terminan diez cabuyas y media de tierra de a setenta y seis varas granadinas, medidas desde el punto de la confluencia de esta quebrada con la de *Cutigatá*."

Esta era la línea parcial que según el libelo de demanda debía marcarse en el terreno sobre la línea general que sirve de linde occidental del predio *La Floresta* con el globo general de *Cutigatá*. Y se afirma que la fijación de la línea divisoria era parcial, porque el actor así lo expresa en su demanda, pues la concreta al terreno que González compró a Tarazona, es decir, a una de las dos porciones que forman el globo de *Cutigatá*, dejando por consiguiente fuera de la litis la parte de la línea que divide el predio que fue de Félix Rosas, con *La Floresta*.

Sin embargo de esta discriminación que el actor hizo de manera inequívoca en su demanda, los peritos se extendieron a fijar una línea que abarca el predio que llamaremos Félix Rosas, la cual fue acogida por el Tribunal.

Aparece, pues, claramente demostrado que el fallo del Tribunal es excesivo y casable parcialmente la sentencia por segunda causal.

La acusación del fallo por defecto no es eficaz. Consiste el cargo en que el Tribunal, en sentir del recurrente, dejó de fallar la excepción de prescripción adquisitiva. Entiende éste que aunque el Tribunal la declaró inadmisible, la sentencia que omitió decidirla de fondo es deficiente, porque una vez alegada oportunamente y respaldada con fundamentos, cualquiera que sea el pleito en que se oponga y la parte que la aduzca, es admisible.

La sola enunciación de este cargo indica que el recurrente confunde el concepto de primera causal con el de segunda por insuficiencia del fallo. No dejó de decidir el Tribunal acerca de la excepción, puesto que la declaró inadmisible. Ahora, si ella, en opinión del recurrente, era admisible en derecho, la acusación ha debido ser por primera causal.

Primera causal.

Primer cargo: violación de los artículos 681 del Código Judicial y 1760 del Código Civil, los cuales prescriben que las escrituras públicas hacen plena fe acerca de su contenido. El colindante demandado Gorgonio González adujo oportunamente las escrituras números 51 de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos tres y 192 de diez de febrero de mil novecientos seis, Notarías de Girón y Bucaramanga, respectivamente, con las cuales acreditó en forma no desvirtuada por ninguna otra prueba, ser dueño del predio de *Cutigatá*, antigua propiedad de Félix Rosas.

En ellas están determinados los linderos tanto del terreno comprado por González a Félix Rosas, como del adquirido de Luis Felipe Tarazona. Al elegir como punto inicial de la recta el extremo que queda al pie de la quebrada de *Los Voladores*, esto es, el extremo sur del límite oriental del potrero de Félix Rosas, en lugar de haber escogido el extremo norte, se contravenía a los términos expresos de aquellas escrituras y se causó a González un grave daño en su propiedad del potrero; porque, arrancando del punto inicial indicado, se trazó una línea con rumbo Noroeste, que es donde se encuentra la confluencia de *Cutigatá* con *Cañoseco*, línea que vino a partir casi por mitad el potrero que antes era de Félix Rosas. El extremo norte es el que ha debido tomarse como punto inicial, pues de esta manera el lindero del terreno comprado a Tarazona dejaba incólume la otra propiedad de González.

Se considera: al tratar de la segunda causal se dejó demostrado con las escrituras públicas números 51 y 192 que el actual globo de tierra a que se da el nombre de *Cutigatá*, de propiedad de González, tiene como componentes dos terrenos que éste hubo de dueños diferentes, con alinderación especial; se demostró también con los propios términos del libelo de demanda de deslinde, que el actor la había entablado con el fin de fijar no todo el límite occidental de *La Floresta*, sino únicamente respecto de uno de los terenos componentes del expresado globo, esto es, el comprado a Luis Felipe Tarazona por la escritura número 192; que circunscrita así la litis, el potrero que llamaremos Félix Rosas era ajeno a la demanda de deslinde. Así las cosas, era el título de dominio de aquella primera finca, o sea la escritura número 192 en relación con el título de *La Floresta*, el que ha debido tenerse en cuenta para fijar el punto de arranque de la línea limítrofe demandada. No podía indicar este punto la escritura titular de *La Floresta*, porque como el límite occidental de esta finca es una línea extensa que abarca los dos terrenos componentes de *Cutigatá*, el extremo sur de ella no podía ser el que hubiera de corresponder a la línea parcial del predio Tarazona, la cual línea que arranca necesariamente del punto final de la línea divisoria del predio Félix Rosas, para que el deslinde no incidiera en el abuso de penetrar, como así sucedió, en un terreno excluído por el demandante en su acción.

Habiendo error manifiesto en el punto de arranque de la línea, según se ve, que termina en la quebrada de *Cañoseco*, por razón matemática, y a virtud también de relación de causa y efecto, eliminado tal punto, esto es, uno de los extremos, la línea desaparece.

El cargo resulta, por lo tanto, fundado.

Segundo cargo: violación por falta de aplicación en el caso del litigio del artículo 51 de la Ley 105 de 1890, y de los artículos 2512, 2513, 2535, 2536 y 2538 del Código Civil. Se refiere el cargo al fallo de la sentencia que declara inadmisible la excepción de prescripción adquisitiva de una porción de terreno perteneciente a la finca *La Floresta*.

El desarrollo de este motivo hecho por el recurrente, puede resumirse así: dentro del juicio ordinario de deslinde cabe la alegación de la prescripción adquisitiva, bien como excepción, bien como acción, porque este derecho está reconocido en el artículo 461 del Código Judicial, ya que no exceptúa los juicios ordinarios de deslinde.

Quien alega la prescripción, alega el dominio adquirido en la zona que le disputa el contendor y alega, por lo mismo, la extención de la acción de deslinde que pudo tener el antiguo dueño antes de perder por la prescripción su dominio.

En la escritura número 51 de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos tres, y acitada, están determinados los linderos del predio de *Cutigatá*. La acción para

pedir el deslinde ha debido ejercitarla Esparza dentro de los veinte años siguientes al registro de esta escritura, y cuando la demanda de deslinde se entabló y fue notificada, habían transcurrido más de veinte años, tiempo durante el cual Esparza consintió la línea divisoria y quedó por lo tanto extinguida la acción de deslinde.

Se considera: dos son los aspectos en que, con relación al deslinde, considera el recurrente la prescripción alegada; que perdido el dominio de la zona que el demandante procura recuperar con el alinderamiento, la acción de deslinde, que es inherente a ese derecho, queda extinguida; y que adquirido por el transcurso del tiempo el derecho a un linde determinado y consentido por el colindante, la acción de deslinde queda extinguida en virtud del principio establecido en el artículo 2538 del Código Civil, de que toda acción por la cual se reclama un derecho, se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho.

Cuanto a la primera de estas cuestiones, es doctrina establecida por la Corte en jurisprudencia constante que "en el juicio de deslinde, aunque se convierta en ordinario por la oposición, no se ventila el dominio de la zona en litigio. Por tanto la excepción de prescripción adquisitiva de dominio no es alegable en la oposición; no constituye una pretensión legítima y el no resolverse acerca de ella, no hace incongruente el fallo." (Casación treinta de agosto de mil novecientos diez y nueve).

El recurrente se limita a exponer una doctrina opuesta a esta doctrina, sin aducir razones de fondo que puedan desvirtuarla.

Y como doctrina complementaria de la anterior, la Corte ha sentado también que "en un juicio de deslinde no puede declararse o reconocerse una prescripción que permita alterar la línea divisoria de los predios." (Casación ibídem).

Sirve también esta última consideración para confutar el concepto del recurrente de que por virtud del transcurso del tiempo requerido para la prescripción, tiene derecho a que se le reconozca la línea divisoria descrita en la escritura pública número 51, Notaría de Bucaramanga, citada varias veces.

Este cargo cae por su base y carece de objeto por virtud de la presente sentencia de la Corte, cuyo fallo relativo a la segunda causal, deja intacto el lindero a que se refiere el recurrente, esto es, el de *Cutigatá* con *La Floresta* y el potrero de Félix Rosas.

Tercer cargo: error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión hecha por Esparza en la demanda de deslinde, y violación de los artículos 555 y 569 del Código Judicial y 72 de la Ley 105 de 1890. Consiste este motivo en que Esparza confesó que no estaba señalada en forma alguna material la línea divisoria que separa los predios de *La Floresta* y *Cutigatá* en la porción de aquella primera finca que Gorgonio González compró a Luis Felipe Tarazona.

No obstante esta confesión lisa y llana del demandante, que equivalía a sostener que no era punto inicial de la recta la piedra de figura circular que existía al pie de la quebrada de *Los Voladores*, el juzgador al aceptar pruebas de Esparza que tendían a señalar ese punto como inicial de la recta y al darle pleno valor a la escritura pública número 381 de 1924, incurrió en el error de derecho apuntado.

Se responde: carece de seriedad este cargo. Quien entabla una acción de deslinde manifestando como causa de ella que existen dudas respecto de una línea divisoria con otro predio, expresa por lo mismo que tiene dudas respecto de cada uno de los puntos que forman la línea, y quien duda nada confiesa. Afirmó Esparza únicamente en su demanda, que la línea arrancaba "de la cabecera de un potrero a orillas de una quebrada"; pero como el punto era indeterminado, el Juez hubo necesariamente de determinarlo.

Pero, además, este cargo como el anterior resulta inútil, porque con el fallo de la Corte que deja fuera de la litis la línea que arranca del punto arriba indicado y termina en la quebrada de *Cola de Pato*, la controversia a ese respecto carece de objeto.

Cuarto cargo: error de derecho al dar preferencia el Tribunal al dictamen pericial sobre los títulos escriturarios distinguidos con los números 361 de veintiocho de noviembre de mil ochocientos setenta y ocho, Notaría de Girón, y 51 y 192 citados, siendo así que el dictamen pericial no puede prevalecer sobre lo literal de las escrituras públicas.

Se desarrolla el cargo así: "Conforme al título número 381 el terreno de *La Floresta* adquirido por Esparza, se compone de dos lotes, uno a continuación de otro, de los cuales el que queda al Occidente tiene la cabida de tres y media cabuyas cuadradas. Esta finca linda con el predio que González compró a Luis Felipe Tarazona, la cual tiene como linderos una línea recta que tomando desde el extremo oriental del mencionado potrero, da al punto de *Cañoseco*, donde terminan diez y media cabuyas de 76 varas granadinas, medidas desde la confluencia de esta quebrada con la de *Cutigatá*.

Para alinderar esos terrenos, arguye el recurrente, ha debido medirse el terreno de *La Floresta* para saber hasta dónde alcanzaba ese terreno, y medir también el terreno de González para determinar en dónde acaban las diez y media cabuyas.

Se responde: la mensura del terreno de Esparza de que habla el recurrente, no era elemento indispensable para fijar el lindero de *La Floresta* en la sección norte, porque el límite norte-sur del terreno de González lo constituye una línea recta que partiendo del extremo sur de la línea que forma el lindero del potrero de Félix Rosas, va al punto de la quebrada de *Cañoseco* en donde se encuentran las diez y media cabuyas que determinan el fin de ese lindero.

Los peritos que fijaron este punto terminal, se presume que midieron la distancia, pues de otra manera ellos no habrían podido darlo como cierto, ni el Juez que intervenía en la diligencia habría permitido que se prescindiera de verificar dato tan importante. Ahora bien, tocaba al recurrente demostrar con pruebas que figurasen en el proceso, que existía error evidente respecto de la distancia que tanto los peritos como el Juez adoptaron para fijar el extremo final de la línea divisoria, en la quebrada de *Cañoseco*.

Anota la Corte que aunque la sentencia ha resultado casable por segunda causal, a causa de exceso, no es aplicable, sin embargo, en el caso actual, la disposición del artículo 61 de la Ley 100 de 1892, que ordena hacer la reducción por la Corte misma, porque el exceso reconocido por esta Superioridad, queda confundido con el error que por primera causal se declara respecto de toda la línea divisoria en que tal exceso fue hallado.

Y como ha quedado, por virtud del presente fallo, sin determinar el punto de arranque donde ha de nacer la línea que debe tener por extremo el punto en la quebrada de *Cola de Pato*, se impone esta averiguación por medio de un auto para mejor proveer.

Por tanto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1º Se casa parcialmente la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bucaramanga el treinta y uno de mayo de mil novecientos veintisiete, por causa de exceso, en cuanto fija el lindero dentro de la propiedad que fue de Félix Rosas, determinándolo así: "Una línea recta que partiendo del extremo oriental del potrero que era de Félix Rosas, hoy del demandado González, en donde existe una piedra grande de forma circular que queda próxima a la quebrada llamada *Los Voladores,* va a expirar a la quebrada de *Cañoseco,* en un punto que queda a diez cabuyas y media de a setenta y seis varas granadinas, de la confluencia de esta quebrada con la de *Cutigatá;*

2º Se revoca la sentencia de primera instancia en lo que respecta al fallo que aprobó esta alinderación;

3º Para mejor proveer, practíquese una diligencia de inspección ocular con intervención de peritos sobre el terreno respecto del cual fue entablada la acción de deslinde en el presente juicio, intentada por el dueño de la finca *La Floresta,* o sea el terreno que adquirió Gorgonio González de Luis F. Tarazona por medio de la escritura número 192, Notaría 1ª del Circuito de Bucaramanga, de fecha diez de febrero de mil novecientos seis. Las cuestiones que deben ser con especialidad materia del dictamen de los peritos son éstas:

Identificar, correlacionando las escrituras números 51, Notaría de Bucaramanga, de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos tres, y 192, de fecha diez de febrero de mil novecientos seis, de la misma Notaría, y teniendo en cuenta la presente sentencia, el punto designado en este último instrumento, así: "Extremo oriental del potrero de Félix Rosas," y que es el extremo norte de dicho potrero sobre el lindero oriental con *La Floresta* y en el punto de la quebrada de *Cola de Pato,* que sirve de partida para trazar la línea que corre hasta terminar en la quebrada de *Cañoseco,* en el punto donde termina la medida de diez cabuyas y media de tierra de a setenta y seis varas granadinas cada una. Este último punto está establecido de modo firme en la sentencia.

Los peritos señalarán con un mojón de carácter permanente el punto que se manda identificar.

Comisiónase al Tribunal Superior de Bucaramanga para que practique la diligencia anterior y para que nombre los peritos. Se le autoriza para delegar esta comisión.

Los gastos que ocasione esta diligencia serán de cargo de ambas partes en proporción igual.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre veintiséis de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

La Sociedad Anónima de Urbanización Mutuaria, domiciliada en Medellín, entabló ante el Juez 2º Civil del Circuito de este nombre, juicio ordinario contra la señora Rafaela López de Arenas, para que se sentenciara lo siguiente:

1º Que la demandada está en la obligación de devolver a la Sociedad demandante, seis días después de notificada la sentencia, la cantidad de seis mil setecientos cuarenta y ocho pesos cincuenta y nueve centavos ($ 6,748-59), equivalentes a igual número de varas cuadradas con que resultó de menos la cabida del terreno vendido por la escritura número 2507 de fecha tres de octubre de mil novecientos diez y nueve, Notaría 1ª de Medellín.

2º Subsidiariamente que se declare que la vendedora López de Arenas está en la obligación de devolver a la Sociedad demandante el valor de la diferencia que, por medios de peritos nombrados en este juicio, se fije entre la cabida real que tenga el expresado lote y la cabida declarada por la demandada en la escritura de venta que se deja citada.

3º Costas. Enumera el actor estos hechos fundamentales de la demanda:

1º Por escritura número 2507 de fecha tres de octubre de mil novecientos diez y nueve, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, la mentada señora Rafaela López de Arenas transmitió a la Sociedad de Urbanización Mutuaria, a título de venta, el derecho de dominio que ella tenía en un lote de terreno, situado en la parte norte de esta ciudad, en el punto denominado *La Polca,* con todas sus mejoras y anexidades y alinderado de conformidad con la escritura 2507 mencionada.

2º La señora López de Arenas vendió el predio con relación a su cabida, como se desprende del texto del punto 4º de la escritura número 2507 mentada ya, punto que a la letra dice: "que el precio de esta venta es el de un peso oro ($ 1) por cada vara cuadrada de las de ochenta centímetros de lado, o sea la cantidad de trece mil doscientas ochenta y una varas cuadradas (13,281), dinero que declara tener totalmente recibido a su satisfacción."

3º En el punto 7º de la misma escritura 2507 se estipuló: "Séptimo. Que si por cualquier motivo resultare la vendedora con derecho a más terreno sobre el callejón, se compromete a venderlo a la Sociedad compradora al mismo precio, o sea, a razón de un peso ($ 1) por cada vara cuadrada; si rectificada la medida del área vendida por este instrumento, resultare de una cabida mayor de la enunciada aquí, el excedente será pagado por los compradores a razón de un peso ($ 1) la vara, y *si resultare de menor cabida, su valor será devuelto a éstos, por la vendedora, en la misma proporción.*".

4º Rectificada la medida del área vendida a la Sociedad de Urbanización Mutuaria por la señora López de Arenas, dicha área resultó de una cabida menor a la declarada por la escritura 2507, o sea, a la cabida de 13,281 varas cuadradas. Según el plano adjunto a esta demanda, que presento, levantado por el doctor Manuel Tiberio Yepes, el terreno resultó con una área de 6,532 varas con 41 centésimos de vara.

5º Con motivo de esa menor cabida, la diferencia entre la cabida real y la declarada en la escritura del contrato, es la cantidad de 6,748 varas cuadradas con 59 centésimos de vara; lo que da la cantidad de seis mil setecientos cuarenta y ocho pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 6,748-59), que la vendedora López de Arenas está en el deber de devolver a la Sociedad compradora, según los términos claros del contrato.

Se adujeron como razones de derecho los artículos 1602, 1603, 1888 del Código Civil.

La demandada se opuso a las acciones entabladas y formuló la excepción de petición indebida por ser intempestiva.

El Juez falló en estos términos:

a) Declárase no probada la excepción perentoria propuesta en el memorial de contestación a la demanda y que lleva fecha catorce de septiembre de mil novecientos veinte;

b) La demandada señora Rafaela López de Arenas está en la obligación de devolver a la Sociedad de Urbanización Mutuaria, seis días después de notificada esta sentencia, la cantidad de seis mil quinientos veinticuatro pesos con sesenta centavos oro ($ 6,524-60), como valor equivalente al igual número de varas con que resultó de menos la cabida del terreno vendido por la escritura número dos mil quinientos siete (2507) de tres (3) de octubre de mil novecientos diez y nueve (1919), de la Notaría 1ª de este Circuito;

c) Se absuelve a la misma señora López de Arenas de los otros cargos formulados en el libelo de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos veinte;

d) Sin especial condenación en costas.

La parte demandada apeló.

El Tribunal Superior de Medellín en sentencia de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos veintisiete, reformó este fallo así:

"Se confirman las letras *a), c)* y *d),* de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

"Se condena a la señora Rafaela López de Arenas a sufrir una disminución de seiscientos treinta y dos pesos diez y ocho centavos oro como valor equivalente a seiscientas treinta y dos varas y diez y ocho centésimas en que resultó afectado el lote vendido por menor cabida real que la cabida declarada; y en consecuencia la señora López de Arenas debe devolver a la Sociedad de Urbanización Mutuaria la expresada suma dentro del término de seis días. Queda así reformada la letra *b)* de la parte resolutiva de la sentencia apelada, y absuelta en parte la señora López de Arenas de los cargos de la demanda."

La Sociedad demandante interpuso casación. El recurso se admite.

Se observa ante todo que se han presentado dos libelos de casación: uno, dirigido a la Corte y presentado personalmente por el recurrente el veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiocho, a uno de los Magistrados que suscribieron la sentencia, para darle autenticidad; otro en que se fundó el recurso ante la Corte, presentado dentro del término del traslado al recurrente.

El primero de estos libelos no puede considerarlo la Corte por extemporáneo, ya que no fue dirigido al Tribunal, y presentado mucho después de transcurrido el término de quince días que la ley fija para introducir las demandas de casación ante el Tribunal, y por otra parte fue recibido en el despacho de la Corte antes de abrirse el traslado al recurrente.

Como el apoderado del recurrente ante la Corte acoge y desarrolla algunos de los motivos de aquel primer alegato, incorporándolos en su demanda, serán en esa parte considerados.

Segunda causal.

Tiene por motivo, en concepto del recurrente, adolecer la sentencia de incongruencia por exceso, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Consiste, en resumen, el cargo, en que el Tribunal, para dictar su fallo, ha debido tener en cuenta la operación matemática que se basara en estos antecedentes numéricos: la demandante al hacer la venta al actor de 13,281 varas cuadradas de 80 centímetros, vendió exactamente la cabida que debía corresponder de acuerdo con su hijuela, en el supuesto de que el lote de terreno vendido hubiera resultado con 40 metros de frente al camellón de *La Polca.* Para cerciorarse de esa aseveración es suficiente multiplicar a 12,046½ varas cuadradas de 84 centímetros de lado, que es el número de varas adjudicadas a la señora López de Arenas, por 7,056 que es el número de centímetros cuadrados correspondientes a una vara cuadrada de 84 centímetros de lado y dividir el producto por 6,400, que es el número de centímetros cuadrados de una vara cuadrada de 80 centímetros de lado. El cuociente, despreciando fracciones decimales, da 13,281 varas de 80 centímetros de lado, que fue lo vendido por la señora López de Arenas.

Se considera: el solo desarrollo del cargo indica que éste no corresponde a segunda causal, "por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por las partes en el juicio," sino que se dirige contra uno de los fundamentos en que se apoya el Tribunal. Repetidas veces ha declarado la Corte que una sentencia no es *ultra petita* cuando, circunscribiéndose dentro de los límites que tiene el litigio, toma como fundamento alguno o algunos diferentes de los alegados por las partes. En tal caso la acusación ha de ser por primera causal, fundándose en el error de hecho o de derecho que tengan tales fundamentos.

Primera causal.

Se resume en este cargo: violación de los artículos 1602, 1603, 1618, 1619 y 1888 del Código Civil. Las cuatro primeras disposiciones establecen el principio y lo desarrollan de que los contratos legalmente celebrados, mientras se hallan vigentes, son ley para las partes. El artículo 1888 es disposición que versa precisamente sobre la materia del presente juicio, y reza: "Si se vende el predio con relación a su cabida....; si la cabida real es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor completarla; y si esto no le fuere posible, o no se le exigiere, deberá sufrir una disminución proporcional del precio."

El cargo versa sobre la declaración que hace la sentencia de que "si hubo un error de 20 metros en la base de 490 metros que en total se le asignaron a los siete lotes que se formaron en la sucesión de José M. López en el año de 1901, ese error afecta necesariamente los siete lotes proporcionalmente a sus respectivas bases de 101, 37, 103, 36, 40, 70 y 130 metros que se les señalaron en la partición; y como la Sociedad de Urbanización Mutuaria compró varios de esos lotes de terreno, en todos ellos tiene que sufrir las consecuencias del error indicado, porque todos los propietarios de esos lotes quedaron afectados."

El recurrente formula su cargo basándose en el principio establecido en el artículo 1602 del Código Civil, que da la fuerza civil indispensable para asegurar su cumplimiento por los contratantes, siempre que se trate de aquellos pactos que no comprometan el orden público o las buenas costumbres. Las cláusulas cuarta y séptima de la escritura 2507 en que consta el contrato de compraventa de que se trata en este juicio, contienen literalmente las siguientes estipulaciones:

"Que el precio de esta venta es el de un peso oro ($ 1) por cada vara cuadrada de las de ochenta centímetros

de lado o sea la cantidad de trece mil doscientas ochenta y una (13,281) varas cuadradas, dinero que declara tener recibido a su satisfacción. Si por cualquier motivo resultare la vendedora con derecho a más terreno sobre el callejón, se compromete a venderlo a la Sociedad compradora al mismo precio; si rectificada la medida del área vendida por este instrumento resultare de una cabida mayor de la enunciada aquí, el excedente será pagado por los compradores a razón de un peso ($ 1) la vara; y si resultare de menor cabida su valor será devuelto a éstos por la vendedora en la misma proporción."

Está suficientemente establecido que el evento que aconteció fue el segundo, luego la señora vendedora está obligada, al tenor del contrato, a devolver a la Sociedad compradora el exceso del precio recibido. La sentencia del Tribunal desconoció rotundamente esta obligación emanada de aquel contrato válidamente celebrado entre las partes que litigan en este juicio, puesto que absolvió a la vendedora demandada, violando así el artículo 1602 del Código Civil y el artículo 1888 del mismo, que es disposición que quedó incorporada en esta convención.

Se considera: el Tribunal, para dictar su fallo, lejos de desconocer la cláusula del contrato que transcribe el recurrente y el artículo 1602 del Código Civil, toma como fundamento para la absolución dos razones, una de hecho y otra de derecho.

Es la primera que estando sujeta la devolución del dinero recibido en exceso por la compradora a causa de la menor cabida real, a la condición de una rectificación ulterior de la medida del área vendida, era necesario que tal rectificación se hubiera verificado con el conocimiento y concurso de los dos contratantes, y que reuniese todas las condiciones de exactitud. Mientras estas condiciones no se cumplieran, la devolución estipulada no era obligatoria, por el bien conocido principio que rige las obligaciones sujetas a condición suspensiva. No aceptó la mensura hecha por el ingeniero Yepes, porque no fue ejecutada en cumplimiento de la cláusula contractual, sino con otros fines y en época que no correspondía a la estipulada. Desechó también por haber sido verificadas en forma inaceptable otras mensuras de los ingenieros Giraldo y Agudelo que se adujeron como pruebas indirectas, mensuras que recayeron sobre los lotes contiguos al de la señora López de Arenas.

Dice al efecto la sentencia: "Es perfectamente inaceptable en derecho que porque determinados ingenieros hubiesen medido en forma extraña, unas veces al derecho y otras veces al revés, ya de Oriente a Occidente, ya de Occidente a Oriente, según las conveniencias de la Sociedad de Urbanización Mutuaria, los lotes laterales al predio de la señora López de Arenas, se admitiese que tan caprichosas mensuras hubiesen determinado que el lote de la señora López de Arenas tiene un frente de veinte metros y no un frente de cuarenta metros. No son los ingenieros los llamados a determinar que el lote que vendió el señor Avendaño tiene treinta y seis metros de frente (el mismo asignado por el doctor Robledo en 1901), y que el lote de Angela Pía López tiene un frente de setenta metros (el mismo asignado por el doctor Robledo en 1901), y que el frente de de la señora López de Arenas tiene solamente veinte metros (distinto al asignado por el doctor Robledo en 1901), porque esta manera de hacer mensuras rompe por completo hasta con las reglas que debieron observarse en la mensura. Pues si del lindero del lote del señor Avendaño con el de la señora López de Arenas se miden cuarenta metros, sufre una disminución la Sociedad de Urbanización Mutuaria en el lote que fue de Angela Pía López; y si se toma para la mensura como lindero la línea que separa el predio de la señora Angela Pía López del de la señora López de Arenas para medir los cuarenta metros, sufre una disminución la Sociedad de Urbanización Mutuaria en el lote que le compró al señor Avendaño. Es inaceptable que los Tribunales de Justicia tomen como indiscutibles las mensuras hechas por los ingenieros en forma caprichosa y especialmente en forma que favorezca a uno de los litigantes; ni que sean los ingenieros los llamados a determinar contra quién debe seguirse un pleito."

Pero concediendo el Tribunal que hubiese error en la cabida declarada en la escritura, apoya, sin embargo, la absolución de la demandada en una razón de derecho, a saber: que la Sociedad demandante como causahabiente de varios coherederos de la demandada y corpartícipes en la división de los bienes hereditarios de José M. López, padre común de ellos, había de participar igualmente y en proporción de lo adquirido por ella, en virtud de que los copartícipes se responden unos a otros de las pérdidas que resulten de la partición.

Este es el plan de la sentencia; estos sus fundamentos.

Para contestar el cargo del recurrente, la Corte considera:

Son ciertos los principios legales que el recurrente pone como base de sus argumentaciones y ciertas también las cláusulas del contrato que invoca, pero el cargo es, sin embargo, ineficaz porque es inexacto que el Tribunal haya prescindido de las estipulaciones contenidas en ellas; lejos de esto, se basó precisamente en el contrato para declarar que no habiéndose verificado previamente la condición que hacía obligatoria para la vendedora la devolución de una parte del precio, ésta no se podía reclamar. Y aun tomando como operación de verificación la inspección ocular practicada en primera instancia con intervención de los peritos Martín C. Trujillo y Mariano Roldán, el Tribunal deduce de sus respectivos dictámenes y de otras pruebas, que no hubo una declaración errónea de la cabida declarada, sino que por efecto de ventas de los lotes antecedentes en orden y siguientes al de Rafaela López, en los cuales probablemente se había ido penetrando dentro del terreno de esta última y se le había reducido en la mitad, eran circunstancias que hacían considerar que no era exacta la diferencia entre las dos cabidas.

Y aun en el supuesto de que estuviera cumplida tal condición y fuese evidente que la cabida real del predio vendido fuese menor con mucho a la cabida declarada en la escritura, respondía el actor, por principio de evicción, de una parte proporcional de la restitución que debía hacerse de parte del precio. Ciertos o nó tales fundamentos, ellos no han sido atacados por el recurrente y sostienen la sentencia.

Por tanto la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1º No es casable la sentencia dictada en este juicio el cuatro de noviembre de mil novecientos veintisiete, por el Tribunal Superior de Medellín; y

2º Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — El Conjuez, *Manuel Jiménez López. Juan N. Méndez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,* Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre veintiséis de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Jiménez).

Vistos:

En el presente negocio, llegado a esta Superioridad por virtud del recurso de casación oportunamente interpuesta contra la sentencia definitiva de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, se ordenó, por auto de fecha cuatro de agosto del corriente año, entregar el expediente a la parte recurrente, para los efectos legales. En cumplimiento de esa providencia el señor apoderado de la parte demandante, que es la recurrente, recibió los autos de la Secretaría y a ella fueron devueltos, sin la presentación de alegato alguno.

En el escrito por medio del cual se interpuso el recurso ante el Tribunal, que lleva fecha 29 de marzo de este año, dice el doctor Carlos V. Soto, Personero de la parte actora: "Interpongo recurso de casación de la sentencia definitiva de 8 de los corrientes, pronunciada por esa Superioridad en el expresado juicio y designo como causales de casación la 1ª, 2ª y 3ª de la Ley 105 de 1890. Ante la Corte Suprema fundaré las causales en que apoyo este recurso."

Si, como queda dicho, no se ha fundado el recurso ni ante el Tribunal ni ante esa Superioridad, es el caso de aplicar la disposición del artículo 10 de la Ley 90 de 1920; y en tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto el recursoe de casación interpuesto en el presente juicio y ejecutoriada la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, el ocho de marzo del año en curso.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez, Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

El Jurado que intervino en la presente causa, abierta por el Juzgado 1º Superior de San Gil, en auto de fecha treinta de enero último, en relación a Antonio Vesga profirió el siguiente veredicto:

"¿El acusado Antonio Vesga es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente a Matías Plata por medio de una herida inferida con instrumento punzante en la mitad de la espalda al lado izquierdo, que le interesó el pulmón, acontecimiento consumado en la tarde del veinticinco de agosto del año próximo pasado en la vereda de *Carrizal,* jurisdicción municipal de Galán?" "Sí."

Por lo cual el Juez Superior en sentencia del tres de junio siguiente condenó al procesado a la pena de seis años de presidio y sus accesorias, como responsable en tercer grado de homicidio simplemente voluntario, con aplicación del artículo 600 del Código Penal, condenación que el Tribunal Superior de San Gil confirmó el 22 de julio último.

Contra la sentencia de segunda instancia el procesado interpuso oportunamente recurso de casación invocando la causal 1ª del artículo 3º, Ley 78 de 1923, en escrito que reúne las condiciones indispensables para estudio de fondo.

Sustenta la demanda la causal invocada, así:

"La comisión del hecho punible que se me acusa tuvo lugar, como está plenamente comprobado en el expediente con los dichos de Bonifacio Plata, Rafael Acevedo, Angel María Plata y otros, en el acto mismo en que Matías Plata, el que murió, infería una ofensa grave a mi hermano legítimo Primitivo Vesga; ofensa que consistió en palabras injuriosas acompañadas de ultrajes de hecho. Hallándome presente y no viendo motivo razonado para que mi hermano fuera ultrajado de esta manera, sin tiempo para reflexionar, hube de atacar al provocador, pero sin sevicia, pues consta asimismo que sólo le di un golpe de arma.

"Consta de autos igualmente mi buena conducta anterior y que no soy reincidente. Todo este cuerpo de probanzas sitúan mi posición jurídica en tercer grado de responsabilidad ante el artículo 604 del Código Penal, o sea la pena de seis meses de reclusión, porque si bien las ofensas del que murió no fueron hechas directamente a mi propia persona, sí lo fueron a alguna de las expresadas en el artículo 587 de la obra citada, comoquiera que el provocado fue un hermano mío; y como en la aludida sentencia se me ha aplicado la pena del homicidio simplemente voluntario de que trata el artículo 600 ibídem, la considero violatoria de la ley penal por haberme aplicado una pena distinta de la que correspondía aplicar, teniendo cabida la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, en la que apoyo el presente recurso...."

Para resolver se considera:

Según doctrina que la Corte tiene sentada y repetida en numerosos fallos, para que haya lugar a la aplicación de disposiciones especiales en tratándose de homicidio voluntario, es preciso que el veredicto contenga de alguna manera los elementos a que dichas disposiciones especiales se refieren; de tal suerte que si, como en el presente caso, el veredicto es puramente afirmativo, la disposición aplicable viene a ser por regla general el artículo 600 del Código Penal, con la única excepción de que sea el caso de hacer uso de la facultad discrecional consignada en el inciso 2º del artículo 602, ibídem, porque entonces, aunque el veredicto sea lisa y llanamente afirmativo, conserva el Juez de derecho la facultad de hacer uso de tal arbitrio si en los autos hay base suficiente para ello.

Siendo, pues, en el presente caso simplemente afirmativo el veredicto contra Antonio Vesga, estuvo correctamente aplicado el artículo 600, máxime cuando al examinar las declaraciones de los testigos presenciales, inclusive los citados en la demanda, se encuentra que el que murió no infería ofensa de ninguna clase al hermano del matador en el acto mismo en que se consumó el homicidio, para lo cual basta transcribir la narración del auto de proceder, redactada en conformidad con las pruebas del informativo. Es, a saber:

"En este proceso ha quedado plenamente establecido que, como a las cuatro de la tarde del día veinticinco de

agosto del año próximo pasado, había algunas personas en la tienda de licores de propiedad de Juan de la Cruz Rueda, situada en la vereda de *El Carrizal*, jurisdicción municipal de Galán, y que a ese lugar llegaron varios individuos procedentes de la vereda de *Montegrande* con el propósito de ingerir licor; como allí se suscitara una discusión, el dueño del establecimiento dispuso cerrarlo y al efecto ordenó a las personas congregadas allí que salieran. Entre los que abandonaron la tienda se señalan a Joaquín Plata y Cayetano Duarte, quienes se prendieron del brazo en el patio de la ya indicada casa; en ese momento se presentó Matías Plata y les dio un empellón derribándolos a tierra, por lo que acudió Mariano Plata, hermano de Joaquín, y sin que profiriera palabra alguna, le asestó una puñalada a Duarte por la espalda, saliendo el heridor inmediatamente en fuga por el camino que conduce al caserío de *La Fuente*.

"Ya se ha dicho que Matías Plata fue el que derribó al suelo a Joaquín Plata y Cayetano Duarte: posiblemente por esta razón, Primitivo Vesga supuso que se trataba de una provocación, pues es lo cierto que, una vez consumado el delito tratado anteriormente (el de heridas), este individuo cogió a Matías y dio en tierra con él, donde lo sostuvo en esa posición hasta que se aproximó Antonio Vesga, hermano de Primitivo, quien sacó un puñal que portaba y se lo clavó a Matías por el costado izquierdo hacia la espalda."

Esto demuestra lo que queda dicho: que el occiso no estaba agrediendo ni ofendiendo o injuriando de ninguna manera al hermano del matador en el acto mismo en que se consumó el homicidio, y que más bien fue víctima de una agresión inesperada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley; declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, materia del presente recurso.

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

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres)

Vistos:

Al Jurado de calificación convocado y reunido en legal forma para decidir acerca de la responsabilidad de José Manuel López S., por el doble delito de homicidio, se le propuso el siguiente cuestionario conforme al auto de proceder:

"Serie 1ª—¿El acusado, José Manuel López S., es responsable de la muerte de Jesús Ibarra, inferida con voluntad y premeditación, mediante un fuerte golpe en la cabeza con una masa de madera que le fracturó totalmente los huesos de la bóveda del cráneo del lado izquierdo, ocasionándole instantáneamente la muerte, en su misma casa de habitación, ubicada en el punto *Panteón*, del Distrito del *Contadero*, el día treinta de septiembre de 1928, a eso de las diez de la noche más o menos?

"Serie 2ª—¿El acusado, José Manuel López S., ha cometido el hecho que se menciona en la cuestión anterior con las siguientes circunstancias, o alguna o parte de ellas: con alevosía o a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada, indefensa, dormida o desapercibida a la víctima?

"Serie 3ª—¿El acusado, José Manuel López S., es responsable de la muerte de Exequías Morán, inferida con voluntad y premeditación, mediante un fuerte golpe en la cabeza con una masa de madera que le fracturó totalmente los huesos de la bóveda y base del cráneo del lado izquierdo, ocasionándole instantáneamente la muerte, en casa de Jesús Ibarra, ubicada en el punto *Panteón* del Distrito del Contadero, el día treinta de septiembre de mil novecientos veintiocho, a eso de las diez de la noche más o menos?

"Serie 4ª—¿El acusado, José Manuel López S., ha cometido el hecho que se menciona en la cuestión anterior con las siguientes circunstancias, o alguna o parte de ellas: con alevosía o a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada, indefensa, dormida o desapercibida a la víctima?"

Cada una de las cuestiones anteriores fue contestada afirmativamente por el Jurado.

El señor Juez del conocimiento, segundo superior del Distrito Judicial de Pasto, en desarrollo del veredicto del Tribunal de hecho, condenó al procesado, en sentencia de fecha siete de octubre de mil novecientos veintinueve, a la pena fija y principal de veinte años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias. Apelada aquélla para ante el Tribunal respectivo, éste, con fecha nueve de diciembre del mismo año, la reformó en el sentido de condenar a José Manuel López S., a la pena de veinte años fijos de presidio y cinco de reclusión, en lugar de los veinte fijos de la primera pena a que había condenado el Juzgado, y la confirmó en lo restante.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el sentenciado recurso de casación, el cual le fue concedido y mandado, en consecuencia, el expediente a la Corte para los fines legales del caso. Al tiempo de entrar a resolverse el recurso, se observó que la sentencia contra la cual se interpuso, no había sido notificada al reo, por cuyo motivo hubo de devolverse al Tribunal para que se cumpliera ese indispensable requisito exigido por la ley. Llenado como ha sido éste y agotada la tramitación en este Despacho, se debe proceder a decidir lo que fuere del caso.

Manifiesta el recurrente en su demanda—invocando la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923,—que a él no le es aplicable el artículo 71 del Código Penal, porque éste en su primera parte se refiere a un solo delito, y para que a una persona se le pueda imponer más de veinte años de presidio, que el 54 de la misma obra fija en veinte, es preciso que sea reincidente, lo que no sucede en su caso, ya que los dos delitos por él cometidos entrañan, cada uno, la pena de veinte años, y como ésta es sustitutiva de la de muerte y equivalente a ella, así como cuando existía la pena capital, a la persona a quien se la aplicaba era imposible físicamente imponerle mayor pena, así también a él, una vez que se le han impuesto los veinte años que reemplazan la pena de muerte, no es posible que se le impongan cinco años más de reclusión, por el otro asesinato, cuya pena sería de veinte años fijos si la ley permitiera imponerlos. Que en su caso, en definitiva, la ley no permite imponer sino solamente los veinte años de presidio que equivalen, según ella misma, a la pena de muerte.

Para resolver se considera:

No sólo por reincidencia se pueden imponer veinte años de presidio y cinco de reclusión: también se impone esta pena cuando, verbigracia, el cómputo de pena para un delito excede de veinte años de presidio —robo, hurto o abuso de confianza de una gran suma de dinero o de algo que valga considerablemente,—pues entonces para el resto de la pena, cualquiera que él sea, se hace uso de los cinco años autorizados por la ley para tales casos. Ahora bien: si esto sucede cuando se trata de un solo delito, con mayor razón es aplicable cuando se trata de dos de la gravedad de los que se contemplan, calificados en una misma sentencia como en el caso presente. Uno de los dos delitos no puede quedar sin sanción, la cual, en virtud de lo dispuesto taxativamente por la ley, no puede exceder de los cinco años más a que ella misma alude. Y aquí conviene advertir que, la equivalencia o equiparación en que tánto hincapié hace el recurrente, entre los veinte años fijos de presidio y la pena de muerte, no es dentro del sentido de la realidad, de lo absolutamente efectivo en el concepto humano de las dos penas, pues es imposible igualar intrínsecamente el presidio, por largo que sea, con la pena capital. La equivalencia o equiparación de que habla la ley es simplemente de carácter punitivo desde el punto de vista estrictamente jurídico. Pero esto no quiere decir que exista paridad evidente y real entre la sanción de veinte años de presidio y la de muerte. Carecen, pues, de base también por este aspecto las apreciaciones del recurrente.

Basta lo dicho para que se vea que no es el caso de infirmar el fallo recurrido, sin que haya lugar tampoco, de otro lado, a consideraciones algunas sobre si los cinco años que se añaden, conforme a la ley, a los veinte fijos, deben ser de reclusión o de presidio, porque por este aspecto no hubo casación por parte del Ministerio Público. De suerte que en este particular no tiene que hacer la Sala apreciación ninguna, porque no es punto materia del recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, de acuerdo en el fondo con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar y no infirma la sentencia que ha sido objeto del presente recurso.

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

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre trece de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

En el juicio ejecutivo que ante el Tribunal Superior de Bogotá adelanta el señor Francisco J. Mesa contra el Departamento de Cundinamarca para hacer efectivo el pago de la suma de seis mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos ($ 6,457) a que fue condenado el Departamento expresado por sentencia de fecha cinco de octubre de mil novecientos veinticinco, opuso en tiempo el ejecutado varias excepciones, las que, una vez sustanciadas, fueron decididas en sentencia de fecha veintiséis de marzo del corriente año, en la siguiente forma:

"Declárase probada la excepción de nulidad de la sentencia que se trata de ejecutar, pronunciada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, con fecha cinco de octubre de mil novecientos veinticinco, en el juicio ordinario de Esper Matuk contra el Departamento de Cundinamarca.

"En consecuencia, cese totalmente la presente ejecución. Desembárguense los bienes sometidos a la traba ejecutiva, y en consecuencia, levántese el depósito de éstos. Líbrense los correspondientes oficios.

"Condénase al ejecutante en las costas del juicio y del incidente de excepciones."

Habiendo el ejecutante interpuesto apelación contra dicho fallo, se enviaron los autos a la Corte, donde, previa la tramitación prevenida en la ley, se procede a dictar el fallo de segundo grado.

El Tribunal narra de la siguiente manera los antecedentes de este negocio:

"En sentencia de cinco de octubre de mil novecientos veinticinco, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, falló el juicio ordinario de Esper Matuk contra el Departamento de Cundinamarca, sobre indemnización de perjuicios a causa del monopolio de licores alcohólicos destilados, así:

'A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, y condena al Departamento de Cundinamarca a pagar al señor Esper Matuk, dentro de los seis días siguientes a la notificación de este fallo, la cantidad de seis mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos, como valor de la indemnización que a éste corresponde por el lucro cesante y daño emergente causados por el establecimiento del monopolio de la producción, introducción y venta de licores alcohólicos destilados, llevado a cabo por medio del Decreto número 213 de 1920, proferido por la Gobernación del Departamento.

'El señor Esper Matuk queda constituído en la obligación de entregar al Departamento de Cundinamarca, en el término de tres días, a contar de la notificación de este fallo, las maquinarias, útiles y enseres que formaban la fábrica de licores que tenía en esta ciudad el nombrado Matuk, entrega que se verificará conforme al inventario practicado en la diligencia de inspección ocular llevada a cabo por el Tribunal, el cinco de octubre de mil novecientos veintiuno.

'No hay condenación en costas.'

"El crédito a que se refiere el numeral primero de la anterior sentencia, lo cedió Esper Matuk, a título oneroso, a la señora María Matuk de Mesa, casada con el señor Francisco J. Mesa, cesión que se notificó al señor Fiscal 1º del Tribunal, como representante legal en el juicio del Departamento, quien manifestó no aceptarla por tener excepciones que proponer. La cesión y notificación antedichas se efectuaron en los días dos y siete de mayo del año de mil novecientos veintisiete, respectivamente (folios 12 y 13 del cuaderno principal).

"Como al tiempo de la cesión ya estaba casada María Matuk de Mesa con Francisco J. Mesa, y el crédito se adquirió a título oneroso, la adjudicación tenía que entenderse hecha para la sociedad conyugal formada por dichos señores, de conformidad con el principio del ordinal 5º del artículo 1781 del Código Civil (folio 14 ibídem).

"Fundado en la expresada sentencia y en la cesión de que se acaba de hacer mérito, Francisco J. Mesa demandó ejecutivamente al Departamento de Cundinamarca para el pago de la cantidad que a título de indemnización fue reconocida a su cedente por la sentencia de la Corte, junto con los intereses de esa suma desde que se causaron a deber hasta cuando el pago se efectúe.

"En auto de veintiocho de febrero de mil novecientos veintiocho, el Tribunal negó la ejecución solicitada. Apelado este auto, la Corte Suprema de Justicia lo revocó, y en su lugar libró la orden de pago, de conformidad con los términos de la demanda, lo que hizo en auto de treinta y uno de agosto del mismo año.

"Intimada la ejecución, el apoderado del Departamento propuso las excepciones denominadas pago, arreglo o especie de transacción, renuncia de derechos y acciones, petición de un modo indebido o antes de tiempo, error de cuenta y retracto. De estas excepciones sólo fueron admitidas en definitiva las de transacción, 'que en el fondo se identifica con la de nulidad de la sentencia que se trata de ejecutar'; error de cuenta y retracto, según auto de veintiocho de febrero del año próximo pasado, dictado por la Sala Dual y no objetado por las partes del juicio.

"De estas tres excepciones, la primera tiene el carácter de principal, y las dos últimas, error de cuenta y retracto, el de subsidiarias, lo que quiere decir que sólo habrá lugar a estudiarlas, en el caso de que no prospere aquélla. Así lo advierte el excepcionante en su alegato de conclusión, en los siguientes apartes:

'He propuesto la excepción de retracto, como subsidiaria de la de transacción, fundada en el derecho que concede el artículo 1971 del Código Civil, que dice: 'el deudor no será obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido, con intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor.'

. . . . . .

'Debo advertir que la transacción y la nulidad consiguiente de la sentencia posterior, es la excepción principal de las propuestas por mí a nombre del Departamento, y que las demás deben considerarse como subsidiarias.' "

Transacción o nulidad de la sentencia que sirve de título ejecutivo.

Lo relativo a esta excepción lo trata el Tribunal a quo, de la siguiente manera, que la Corte encuentra ajustada a la ley y al mérito de los autos:

"Entre los hechos alegados por la entidad ejecutada en el escrito de excepciones, y como fundamento de éstas, se encuentran los siguientes:

"Que durante la segunda instancia del juicio ordinario de que se ha hecho mérito, la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca, como mandataria del Departamento, y Esper Matuk, celebraron el tres de julio de mil novecientos veinticinco un convenio, en virtud del cual éste recibía de aquélla la suma de $ 1,500 por razón de cualquier derecho, acción o reclamación que tuviera o pudiera tener contra el Departamento, reservándose la propiedad de los útiles y enseres de la fábrica de licores y obligándose a desistir del pleito, que debía ser fallado ese mismo día; que Matuk, en efecto, recibió de la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca, los mil quinientos pesos, y renunció, como consecuencia, 'todos los derechos, acciones y reclamaciones de manera formal y definitiva, y canceló cualquier obligación al respecto'; que Matuk agregó que con aquel pago quedaba 'cancelada cualquier obligación que la sentencia imponga al Departamento de Cundinamarca,' como si hubiera sido cumplida dicha sentencia por el mencionado Departamento; y que Matuk no cumplió con la obligación que había contraído de desistir del pleito, y que por esto la Corte lo falló en la sentencia de cinco de octubre de mil novecientos veinticinco; que es la misma que sirve de recaudo ejecutivo.

"Como prueba de los hechos anteriores, presenta el excepcionante el documento que se transcribe en seguida:

'Recibí de la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca la suma de mil quinientos pesos moneda legal ($ 1,500), que voluntariamente me reconoce la mencionada Compañía como indemnización de perjuicios por causa del monopolio de licores decretado y establecido en el año de mil novecientos veinte, reconocimiento que hace la dicha Compañía como mandataria del Departamento de Cundinamarca, y no obstante que, de acuerdo con sentencia del Tribunal del Departamento, fue absuelto de la demanda propuesta por mí. En esta misma fecha, y como consecuencia de este recibo, he presentado ante la Corte Suprema de Justicia desistimiento formal de la apelación interpuesta por mí contra la sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Superior de Cundinamarca en el juicio ordinario iniciado por mí contra el citado Departamento, sentencia que fue absolutoria para la parte demandada, y la cual, en virtud del desistimiento ha de quedar ejecutoriada; pues me comprometo a llevar ese desistimiento adelante, hasta que fuere ejecutoriada la providencia que lo decrete.'

'Renuncio a cualquier derecho, acción o reclamación que tenga o pueda tener contra el Departamento de Cundinamarca por razón del monopolio de licores, de manera formal y definitiva, y cancelo cualquier obligación al respecto, dejando a salvo mi derecho de propiedad de los elementos, útiles y enseres que constituyen la fábrica de licores, de todo lo cual puedo disponer como dueño. En constancia firmo el presente, ante testigos, en Bogotá a tres de julio de mil novecientos veinticinco, haciendo constar que, como el pleito está para ser fallado el día de hoy, con este recibo queda cancelada cualquier obligación que la sentencia imponga al Departamento de Cundinamarca, como si hubiera sido cumplida dicha sentencia por el mencionado Departamento.

'(Firmados). Esper Matuk—Testigos, Jorge Valderrama—Testigo, Adriano Tribín.'

'(El documento transcrito lleva debidamente adheridas y anuladas estampillas de timbre por valor de $ 0-30, y de sanidad, por $ 0-04).'

"Este recibo o documento hace plena prueba en contra de la parte ejecutante, porque Matuk confesó en las posiciones que absolvió el once de agosto de mil novecientos veintiséis ante el Juzgado 1º de este Circuito, haberlo suscrito o ser suya la firma que lo autoriza, y la cesión se sucedió con alguna posterioridad, dos de mayo de mil novecientos veintisiete. En las mismas posiciones confesó Matuk que había recibido de la Compañía Administradora de Rentas, la cantidad a que se refiere el mismo documento. (Artículo 1761 del Código Civil).

"Confesado por Matuk que él firmó el recibo transcrito y que recibió los mil quinientos pesos, hay que estar a lo que él reza, mientras la parte ejecutante no compruebe

las modificaciones o circunstancias que Matuk introdujo a su confesión, de acuerdo con la primera parte del artículo 568 del Código Judicial, siendo de advertir que el mentado recibo no ha sido tachado en ninguna forma.

"El convenio a que se refiere el recibo, o que aparece de éste, se efectuó antes de que la Corte Suprema decidiera en segunda instancia el juicio ordinario de Matuk contra el Departamento de Cundinamarca, sobre indemnización de perjuicios, con motivo del establecimiento del monopolio de producción, introducción y venta de licores alcohólicos destilados, de que da cuenta el precitado recibo, como lo comprueban las fechas de uno y otro acto; el convenio se verificó el tres de julio de mil novecientos veinticinco, y la sentencia fue dictada el cinco de octubre siguiente, esto es, tres meses después del arreglo. De manera que lo que importa examinar es la influencia que ese recibo pueda tener en presencia de la acción ejercitada por Mesa, si puede oponerse para destruír ésta, o si constituye un hecho exceptivo suficiente a enervar tal acción, por fundarse ésta en una sentencia posterior al convenio.

"El convenio en cuestión, a juicio de la Sala, cae bajo la denominación jurídica de transacción, pues en él se cumplen todas y cada una de las condiciones que la ley requiere para que surja tal fenómeno jurídico. Esto resulta claramente de los términos en que está redactado el recibo y de las declaraciones terminantes que en éste hace Matuk.

"De conformidad con el artículo 2469 del Código Civil, 'la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual'; de suerte que para que la transacción pueda operarse, se requiere necesariamente la existencia de un derecho dudoso o litigioso, un derecho sobre el cual hay pleito o pueda haberlo. Esto es de la esencia misma del contrato.

"En el presente caso, entre Esper Matuk y el Departamento de Cundinamarca, a nombre del cual habló la Compañía Administradora de Rentas, existía el litigio de que se ha hablado, y se hallaba en estado de recibir el fallo de segundo grado. Había de consiguiente objeto sobre el cual podía recaer una transacción; y el estado del juicio, por cuanto el pleito no había terminado, era propicio a ese efecto.

"El señor Matuk, demandante, tenía en su contra la sentencia de primer grado, como lo declara en el recibo tántas veces citado y como lo comprueba la misma sentencia.

"Pues bien: en el documento en cuestión, que hace plena prueba, declara Matuk haber recibido de la Compañía Administradora de Rentas, como mandataria del Departamento, la suma de mil quinientos pesos que voluntariamente le fue reconocida 'como indemnización de perjuicios por causa del monopolio de licores decretado y establecido en el año de mil novecientos veinte,' 'no obstante que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal, el Departamento fue absuelto en la demanda' por él propuesta. Consta del mismo recibo que Matuk se reservó 'el derecho de propiedad de los elementos, útiles y enseres que constituyen la fábrica,' de todo lo cual podía disponer su dueño. Como consecuencia de haber aceptado dicho señor la expresada suma como valor de la indemnización que reclamaba y de haber convenido el mandatario del Departamento en la reserva de los útiles y enseres de la fábrica, Matuk declaró: que se obligaba a presentar el desistimiento del pleito ante la Corte; que renunciaba 'a cualquier derecho, o acción, o reclamación que tenga o pueda tener contra el Departamento de Cundinamarca por razón del monopolio de licores, de manera formal y definitiva,' y que cancelaba cualquier obligación que la sentencia imponga al Departamento de Cundinamarca, como si hubiera sido cumplida dicha sentencia por el mencionado Departamento.'

"Luego, si Matuk recibió la suma de mil quinientos pesos como valor de la indemnización, reservándose el derecho de propiedad sobre elementos de la fábrica, y si renunció a toda acción, derecho o reclamación que pudiera tener contra el Departamento por la causa indicada, comprometiéndose a desistir del pleito, y declarando al mismo tiempo que con ese recibo quedaba cancelada toda obligación, ha de seguirse que no solamente fue clara la intención de las partes de transigir el litigio, sino que llevada a efecto la transacción, la hicieron constar en términos inequívocos y libres de toda ambigüedad.

"La Compañía Administradora de Rentas, con la cual se entendió Matuk en la convención de que se trata y de quien dicho señor declaró haber recibido los mil quinientos pesos como valor de la indemnización, era mandataria del Departamento, según el ordinal 3º, del artículo 7º, de la Ordenanza 43 de 1920, y la cláusula 1ª del contrato de administración, celebrado entre el Secretario de Hacienda y el Gerente de la citada Compañía Administradora, y ese carácter no ha sido objetado. La Compañía Administradora, de otro lado, es una sociedad anónima comercial, organizada por la escritura pública número 2192, de quince de octubre de mil novecientos veinte.

"El mandatario necesita de poder especial para transigir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2471 del Código Civil, pero aun en el supuesto de que dentro de las facultades que tenía la Compañía Administradora de Rentas como mandataria, no tuviera la de transigir, el Departamento ha ratificado tácitamente la transacción celebrada por ella, y la mejor prueba de esa ratificación consiste en el hecho de haberse presentado al juicio alegando y haciendo valer el acto del mandatario, como si él mismo lo hubiera ejecutado. De ahí también que en el acto en que le fue notificada la cesión del crédito, manifestara por medio de su representante legal en juicio que no la aceptaba porque tenía excepciones que proponer. (Artículo 1506 y 286 del Código Civil).

"De consiguiente, cualquier deficiencia en los poderes de la Compañía Administradora de Rentas, o la falta de un poder especial para transigir, habría quedado subsanado con la ratificación tácita del Departamento, que es cosa que no admite la menor discusión; pues de lo contrario no se habría presentado en noviembre del mismo año de mil novecientos veinticinco, a hacer valer esa convención, aunque en forma desacertada, ante la Corte, en el juicio ordinario referido, ni habría desembolsado los mil quinientos pesos, objeto de su obligación, y tampoco se habría apresurado a hacer la manifestación de que no aceptaba la cesión por tener excepciones que proponer, y, en fin, no constituiría su punto de defensa en este juicio.

"Dice el apoderado del ejecutante que 'en el caso cuestionado no se sabe con quién haya celebrado el señor Matuk el tan célebre contrato de transacción,' y que 'si fue con la Compañía de Rentas, no se sabe qué persona natural haya representado a ésta, para examinar la facultad o capacidad con que obró; 'pues de los poderes exhibidos por el señor apoderado del Departamento no

aparece que la mencionada Compañía haya podido transigir el pleito a nombre del Departamento, que era la entidad demandada'; pues sabido es que todo mandatario necesita de poder especial para 'transigir.'

"Estos reparos carecen de fundamento, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, porque el Departamento estuvo representado en la convención por la Compañía Administradora de Rentas, sociedad anónima, domiciliada en esta ciudad, y mandataria de dicha entidad, y porque en el caso de que dicha Compañía no tuviera poder para transigir, la ratificación posterior subsana el defecto de falta de personería.

"El contrato de transacción es consensual, y pudiera decirse que el más consensual de todos, porque para su celebración no exige solemnidad de ninguna clase y se perfecciona por el libre y espontáneo consentimiento de las partes (artículo 1500 del Código Civil). Por tanto, dicho contrato puede establecerse o demostrarse por cualquiera de los medios de prueba consagrados por la ley.

"Considera la Sala que si el documento reconocido por Matuk—antes de la cesión—no demostrara por sí solo dicho contrato, que sí lo demuestra, sería, por inducción, la prueba misma de él, de que se expidió en virtud y por razón del contrato, porque no de otra manera podría explicarse que Matuk declarara haber recibido como valor de la indemnización que reclamaba la suma de mil quinientos pesos, y renunciara a cualquier acción o derecho que tuviera o pudiera tener contra el Departamento por aquella razón, declarando, como está dicho y repetido, que con ese recibo queda 'cancelada cualquier obligación que la sentencia imponga al Departamento de Cundinamarca, como si hubiera sido cumplida dicha sentencia por el mencionado Departamento.' Y mucho menos se explicaría que Matuk se hubiera obligado a desistir del pleito.

"Pero el recibo sí constituye en sí mismo la prueba plena de la transacción, puesto que allí aparecen las obligaciones de ambas partes, lo que uno da y el otro recibe, etc.; y el carácter bilateral de la transacción resulta de la reciprocidad de concesiones que se hacen las partes, pues cada una se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa (artículo 1496). Es decir, del recibo aparecen las bases generales y particulares de la transacción, aunque el representante de la Compañía no lo hubiera suscrito, cosa que no era necesaria, porque el Departamento cumplió con su obligación por adelantado.

"La transacción se pactó sobre estas bases, según el recibo: que el Departamento daba, como dio, a Matuk, la suma de mil quinientos pesos, por razón de la indemnización que reclamaba contra él en el juicio ordinario que se adelantaba ante la Corte, y que en la época de celebrarse estaba para ser fallado en segunda instancia, y que dejaba como de propiedad de Matuk los enseres o elementos de la fábrica; y Matuk, por su lado, al aceptar la transacción y recibir la expresada suma, se obligó a desistir del pleito y renunció a cualquier derecho, acción o reclamación, de manera formal y definitiva, que tuviera o pudiera tener contra el Departamento por razón del monopolio de licores, **'cancelando toda obligación al respecto,'** 'haciendo constar que, como el pleito está para ser fallado el día de hoy, con este recibo queda cancelada cualquier obligación que la sentencia imponga al Departamento de Cundinamarca, como si hubiera sido cumplida dicha sentencia por el mencionado Departamento.'

"No pueden ser más claros, ni más terminantes los términos de la transacción, ni más comprobado que en ésta: ambas partes se hicieron concesiones recíprocas, que ninguna de ellas obtuvo sola la utilidad, que ninguna logró el total de sus pretensiones, sino que mediante sacrificios recíprocos se propusieron terminar extrajudicialmente el pleito; circunstancias éstas de donde resulta el carácter oneroso del contrato (artículo 1497 ibídem). Y el de carácter de conmutativo lo está demostrando el hecho de que cada una de las partes hizo una concesión igual o equivalente a la que hizo la contraria, según su parecer.

"Si se acepta que el recibo no contiene sino una declaración unilateral, y que por consiguiente, no tiene todo el efecto que quiere atribuírsele, habría que concluír que ese recibo se expidió por razón y por virtud de la transacción llevada a efecto por las partes bajo las condiciones en él indicadas; de modo que por cualquier aspecto que se considere el asunto, la conclusión sería la misma, desde el punto de vista de la prueba, ya que de otro modo carecería de razón y de fundamento.

"Que Matuk no supo lo que firmó, que lo que transigió fue simplemente la parte de la indemnización correspondiente al lucro cesante, son cosas que el ejecutante no ha demostrado, como correspondía hacerlo, para desvirtuar las declaraciones que hace en el recibo que, bajo juramento, reconoció o confesó haber firmado o ser suya la firma que lo autoriza, siendo de advertir que las alegaciones del señor apoderado del ejecutante se vuelven contra él, porque el intérprete de Matuk ha podido transmitirle equivocadamente el alcance o sentido de las preguntas que se le hicieron en posiciones.

"Además, la modificación que hizo Matuk a su confesión, tiene el inconveniente que resulta del hecho de haber absuelto las posiciones después de que la Corte dictó la sentencia que se trata de ejecutar, o cuando conoció el fallo en que condenaba al Departamento a pagarle una suma mayor de la que recibió, y en ese caso las cosas cambian, y el sentido común indica que esas modificaciones tienen una finalidad fríamente considerada y estudiada.

"Y que Matuk no presentó el memorial de desistimiento ante la Corte, a que se comprometió, lo que quiere decir es que dejó de cumplir con una de las obligaciones de su cargo, la principal y puede decirse única, pero no que por ese motivo la transacción pueda considerarse sin efecto, y revela, además, un descuido grave por parte de la persona que intervino en el contrato en representación del Departamento. No es por otra parte un acto de buena fe el no cumplir un compromiso, como el que Matuk tomó a su cargo, máxime cuando el Departamento había cumplido totalmente con la obligación de su cargo.

"La conclusión, pues, de que las partes del juicio mencionado transigieron el litigio extrajudicialmente, o de que para ponerle fin celebraron el contrato de transacción de que se ha hablado, no puede revocarse a duda: todas las condiciones que pertenecen a ese contrato por su esencia o por su naturaleza, se cumplieron.

"Siendo esto así, como en realidad lo es, se tiene que a la fecha de la cesión de Matuk a María Matuk de Mesa, y de la notificación de la misma al señor Fiscal del Tribunal, dicho señor no tenía derecho que transmitir, ni la cesionaria pudo adquirir nada por esta razón.

"Por eso importa observar que una cosa es que una cesión sea legítima, y otra muy distinta que el derecho cedido exista realmente en el momento de perfeccionarse.

Sucede en esto lo mismo que cuando se trata de cualquier contrato solemne: la escritura puede ser válida, sin que quiera decir que sea válido el contrato que consta en ella, o que el derecho vendido, póngase por caso, pertenezca al vendedor. En la cesión se transmiten los derechos que el cedente cree tener o tenga efectivamente, pero ello no significa que esos derechos por el mero hecho de la cesión, existan legal y jurídicamente, aunque en el documento se diga que existen, y es obvio lo anterior, porque la cesión no engendra sino un derecho a favor del cesionario, que lo hace dueño de lo cedido y le da la personería sustantiva que tenía el cedente. Pero la cesión no constituye ni engendra el derecho a que se refiere el título cedido; de modo pues, que si un derecho no existe, habrá siempre cesión legítima, mas con ella no se constituirá un derecho si no existe, porque la cesión hace referencia a un derecho anterior, derecho que tiene el cedente.

"De que el apoderado del Departamento haya denunciado para el pago los elementos de la fábrica que, de acuerdo con el numeral segundo del fallo de la Corte, Matuk está obligado a entregar a aquella entidad, no se deduce que la transacción no se haya efectuado o que por ese hecho haya quedado sin valor ni efecto; porque ello, cuando más demuestra que dicho apoderado incurrió en un grave error de apreciación, o que en el momento de la intimación de la ejecución no tenía conocimiento de la existencia del documento que se ha presentado como fundamento de la defensa, error que no puede tener las consecuencias o el resultado que se propuso el apoderado del ejecutante, al pedir que se tuviera como prueba a su favor el expresado denuncio.

"Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que es al juzgador a quien incumbe, mediante el estudio sereno y meditado de los hechos y pruebas presentadas, decidir si tal hecho es exceptivo, y cuál es la denominación jurídica que corresponde a la defensa de acuerdo con él mismo; las partes no hacen en los juicios otra cosa que presentar elementos de apreciación para que, de acuerdo con ellos, se deduzcan sus pretensiones.

"También denunció para el pago el mismo apoderado la acción de perjuicios que el Departamento tiene contra Esper Matuk, por el hecho de no haber cumplido con la obligación que tomó a su cargo por el contrato de transacción, de presentar el desistimiento del pleito; mas ese denuncio tampoco agrega ni quita nada en relación a la existencia de aquel contrato, como es obvio, porque el hecho de que no se haya presentado ese desistimiento, es indiferente al contrato, y lo único que significa es que la sentencia es nula, porque en virtud de aquél, las partes habían definido sus diferencias, y a ese convenio da la ley la fuerza de cosa juzgada en última instancia. El Departamento tiene, por lo demás, la acción de perjuicios en cuestión, de acuerdo con los principios que informan el Título 12 del libro IV del Código Civil, que trata **'Del efecto de las obligaciones.'**

'La transacción, dice el artículo 2483, produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.'

"Como por medio de la transacción las partes, mediante recíprocas concesiones y en ejercicio de la libertad de contratación o de la autonomía de la voluntad, terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, y con ello se entiende que ha quedado extinguido el motivo de la diferencia, conforme a la idea de las mismas partes, la ley le da la fuerza de cosa juzgada en última instancia. La razón de esto consiste en que 'el objeto de la transacción es establecer derechos que eran dudosos, o terminar pleitos pendientes o futuros, y se juzga que las mismas partes hubieran pronunciado sentencia sobre esos pleitos o derechos dudosos,' como dice el expositor Vera; y la voluntad de las partes en esas condiciones debe respetarse y producir un efecto análogo al de una sentencia, en el sentido de que es un obstáculo al examen judicial de los asuntos que la transacción ha definido, quedando, empero, sujeta a las acciones que la ley consagra contra ella, por las causas y motivos que la misma indica.

"De conformidad con el artículo 831 del Código Judicial, la sentencia ejecutoriada debe cumplirse, funda la excepción de cosa juzgada, y hace nula cualquiera otra sentencia posterior que le sea contraria, pronunciada sobre el mismo asunto y entre las mismas personas, salvo los casos indicados en el citado artículo.

"Como la demanda ejecutiva persigue el mismo objeto que la transacción, y ésta se llevó a cabo entre el Departamento y Esper Matuk, cedente del actual ejecutante, la excepción de nulidad de la sentencia que se trata de ejecutar es aceptable y procede, pues es la que se deduce rectamente de los hechos alegados y probados por la entidad ejecutada (artículos 2483 y 2484 del Código Civil y 831 y 4846 del Código Judicial).

"En diversidad de ocasiones ha dicho el Tribunal, y esa tesis está respaldada por principios indiscutibles de derecho, que lo que constituye una excepción no es el nombre que le dé su autor, sino el hecho invocado en su apoyo, en tal forma, que si se propone la excepción de pago y la que genera el hecho alegado, jurídicamente es la de compensación, ésta será la que debe declararse probada, porque se desprende **del hecho sometido al estudio y consideración del juzgador.** El hecho o hechos es lo que es materia del examen judicial y no la denominación que a la defensa le dé el excepcionante, que puede ser equivocada y no encajar en el hecho alegado y probado; y es al juzgador a quien corresponde deducir las consecuencias que resulten de los hechos probados. De consiguiente, como la defensa que engendra o envuelve los hechos expuestos por el Departamento en su demanda de excepciones, y la de nulidad de la sentencia en ejecución, es la que debe declararse probada, aunque el apoderado del mismo Departamento haya incurrido en el error de darle una denominación distinta.

"Esa defensa se ha presentado como principal y las otras dos como subsidiarias, según se dijo al principio; de manera que al declararla probada, no hay lugar a estudiar las segundas.

"El ejecutante debe ser condenado en las costas de la instancia, de acuerdo con el artículo 1088 del Código Judicial."

En concepto del recurrente, una sentencia definitiva no puede considerarse nula mientras no haya otra sentencia ejecutoriada que así lo declare, proferida en juicio ordinario y por autoridad judicial competente, lo que deduce dicho recurrente de lo establecido en el artículo 113 de la Ley 105 de 1890, según el cual, "las sentencias definitivas en juicio civil, que estén ejecutoriadas, deben ejecutarse aun cuando contra ellas se entable o pueda entablarse acción de nulidad." De donde concluye el señor personero del ejecutante que, para que en un incidente de excepciones en juicio ejecutivo pueda prosperar la de nulidad del fallo que sirve de base a la ejecución, es

indispensable que exista ya una sentencia ejecutoriada, pronunciada en juicio ordinario, que haya declarado la nulidad.

El alcance que el apelante le asigna al artículo 113 de la Ley 105 de 1890, conduce a la conclusión de que la nulidad de una sentencia no puede hacerse valer como excepción, sino solamente como acción, y esto es abiertamente opuesto a lo establecido en el artículo 202 de la misma Ley 105, que permite oponer la excepción de nulidad de la sentencia que sirve de base a una ejecución, y a lo que enseña el artículo 131 ibídem, conforme al cual, en los juicios que se siguen sobre ejecución de sentencia, puede hacerse valer la excepción de nulidad del fallo que se trata de ejecutar.

Lo que el artículo invocado por el recurrente ha querido decir es que el solo hecho de haberse iniciado o poderse iniciar la acción de nulidad contra un fallo ejecutoriado, no impide el que éste sea ejecutado; no que la nulidad de una sentencia no pueda hacerse valer como excepción.

No cabe argüir que la transacción tuvo objeto ilícito al tenor del ordinal 1º del artículo 1524 del Código Civil, que declara haber objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio, por el hecho de haberse expresado en el recibo expedido por el señor Matuk a la Compañía Administradora de Rentas que quedaba a salvo el derecho de la propiedad del primero sobre los elementos, útiles y enseres que constituían la fábrica de licores de su pertenencia; pues aun en el caso de que por el hecho del monopolio de la renta de licores y de las ordenanzas dictadas en desarrollo de él, hubieran quedado fuera del comercio todos los elementos que pudieran servir para la fabricación de licores, punto sobre el cual no emite concepto la Corte, por no ser necesario, aun en ese supuesto no podría decirse que hubo objeto ilícito en la estipulación contenida en la referida cláusula del recibo, puesto que conforme a la disposición antes citada, en lo que hay objeto ilícito es en la **enajenación** de las cosas que no están en el comercio, y la cláusula de que se trata no contiene ni implica enajenación de los elementos a que ella se refiere, una vez que tan sólo se dejó a salvo el derecho de propiedad que Matuk tenía de antemano sobre dichos elementos, es decir, que el Departamento únicamente se obligó a respetar ese derecho.

Objeta el recurrente que, al tenor del artículo 34 de la Ley 169 de 1896, para que la confesión que se haga al absolver posiciones fuera de juicio, tenga fuerza de confesión judicial, es decir, de plena prueba, es menester que sea hecha ante Juez competente, y que tal requisito no se cumple en el caso actual, por cuanto las posiciones absueltas por el señor Matuk lo fueron ante un Juez de Circuito, y el Juez competente para conocer de la ejecución de la sentencia y de las excepciones en ella propuestas, es el Tribunal Superior, por ser éste quien dictó la sentencia de primera instancia, que se trata de ejecutar. A esto cabe observar que del hecho de ser el Tribunal a quo el único Juez competente para conocer de la ejecución de la sentencia, por haber sido dicha entidad la que pactó la primera instancia, no se deduce que dicho Tribunal fuera el Juez competente para la diligencia de absolución de las posiciones pedidas al señor Esper Matuk; pues habiendo sido pedidas éstas fuera de juicio, y no tratándose, por lo tanto, de un asunto de jurisdicción contenciosa, conforme a la definición que de ésta da el artículo 146 del Código Judicial, la competencia le correspondía al Juez del Circuito, con arreglo al numeral 17 del artículo 113 del mismo Código. Esto se confirma si se tiene en cuenta que entre las atribuciones de los Tribunales Superiores no se halla la de conocer de las diligencias o pruebas que se practiquen fuera de juicio. Síguese, pues, que el Juez competente a que se refiere el artículo 34 de la Ley 169, es en este caso el respectivo Juez de Circuito.

Contestados como quedan los reparos formulados por la parte ejecutante en su alegato de conclusión sobre los puntos que no fueron analizados en la sentencia del Tribunal, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia mencionada, de fecha veintisiete de marzo del corriente año.

Las costas de la segunda instancia, a cargo de quien la promovió. Tásense.

Cópiese y notifíquese este fallo, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase a su tiempo el proceso.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

VARIOS

ACUERDO NUMERO 73 DE 1932

(16 de septiembre)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga,

CONSIDERANDO:

Que acaba de fallecer en la ciudad de Barranquilla el señor doctor don José Jesús Hurtado, quien ejerció en distintas ocasiones las funciones de Juez y de Magistrado de este Distrito Judicial;

Que el extinto fue un ciudadano ejemplar, y que desempeñó esos cargos con acrisolada honradez, consagración y acierto,

ACUERDA:

La corporación lamenta la desaparición del señor doctor Hurtado y envía sincera expresión de pésame a su honorable familia.

Con nota de estilo transcríbase el presente Acuerdo a la honorable Corte Suprema de Justicia, al señor Gobernador del Departamento, al Concejo Municipal de Pamplona, su tierra natal, y a los deudos del finado.

Para que conste se firma la presente acta.

El Presidente del Tribunal, **Luis Ernesto Puyana**—El Vicepresidente, **Emilio Pradilla**—El Magistrado, **Agustín Espinel B.**—El Magistrado, **Eduardo Rueda Rueda**—El Secretario, **Jorge Antonio Vargas.**

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

Volumen 3º

Extractada, compilada y anotada por Fernando Garavito A., Relator de la Corte.

Años de 1919 a 1926, inclusive.

Esta importante obra de más de mil páginas, precedida de una nota sobre *Tecnicismo Jurídico,* y seguida de una lista de las disposiciones que han sido declaradas inexequibles por la Corte Suprema desde 1919 hasta 1928, está de venta en la Administración del DIARIO OFICIAL, carrera 9ª, número 188, a $ 3-50 el ejemplar en rústica.

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, marzo 10 de 1933. | Número 1873

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena—Bogotá, quince de diciembre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

El señor Hermenegildo Bonilla Gómez, ciudadano colombiano, mayor de edad y vecino de Popayán, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, demanda la declaración de inexequibilidad, por inconstitucionales, de los artículos 13 y 15 de la Ley 21 de 1931, "por la cual se adiciona y se reforma la 62 de 1928, sobre ejercicio de la abogacía, y se dictan otras disposiciones."

Considera el demandante que el artículo 13 es violatorio del Acto legislativo número 1º de 1921 en su artículo único; del 5º, Acto legislativo número 3 de 1910, y del 31 de la Constitución Nacional. Y que el 15 viola el artículo 45 de la Carta Fundamental.

Afirma para sustentar la primera de tales tesis que de acuerdo con el artículo único del Acto legislativo número 1º de 1921, "toda persona puede desempeñar cualquier oficio u ocupación honesta, como representar en juicio el marido a su mujer, y el padre a sus hijos, lo que hoy parece prohibido al tenor del artículo indicado (el 13), lesionando en esta forma los intereses de la comunidad, pues el mencionado artículo dice textualmente que sólo los que hubieren terminado sus estudios de derecho en Facultad oficial o reconocida aceptación (sic), *eso sí antes de la vigencia de la Ley 62 de 1928*, pueden ser inscritos como abogados y ejercer la profesión, previa la comprobación establecida," dice la demanda.

Manifiesta en seguida su opinión de haber sido violado el artículo 5º, Acto legislativo número 3 de 1910, en cuanto se priva al ciudadano del ejercicio de un derecho adquirido que le reconoce el mismo derecho natural, o sea, el de obrar conforme al mejor estar de sus intereses, pues "el individuo que termina sus estudios en Universidad o Colegio que tenga reconocida su personería jurídica—dice—ha adquirido un derecho que no le puede ser desconocido por leyes posteriores, pues quien tiene el *deber* de prepararse para la lucha por la vida, abrazando una profesión u oficio, *sin necesidad de pertenecer al gremio de maestros o doctores*, tiene el *derecho* de ejercerla libremente, honestamente."

Se extiende luégo el demandante en considerar que el artículo 13 de la Ley 21, que reforma el 22 de la Ley 62 de 1928, desconoce al ciudadano que termina sus estudios de derecho en Facultad de reconocida honorabilidad, la prerrogativa que le concede la Constitución Nacional, de ejercer dicha profesión, pues estima que el artículo 13 a que la demanda se refiere, dice en forma taxativa que todos los que terminen sus estudios de jurisprudencia *después* de la vigencia de la Ley 62 de 1928, no pueden ser inscritos como abogados, y no indica el recurso que a éstos les quede; de donde concluye que tal disposición viola el artículo 31 de la Carta, ya que el privar a un individuo que ha terminado sus estudios, de ejercer su profesión, constituye una pena que se le impone a éste, sin haber cometido delito alguno, afirma el demandante. Vienen después varias consideraciones para reforzar los argumentos expuestos.

El señor Procurador General de la Nación, al evacuar el traslado de la demanda, se opone perentoriamente a la declaración de inexequibilidad solicitada.

Para resolver sobre la cuestión relativa al artículo 13 de la citada Ley 21 de 1931, considera la Corte:

Todos los argumentos aducidos por el demandante para demostrar la inconstitucionalidad del artículo en referencia, parten de la base de una errónea interpretación, tanto del artículo único del Acto legislativo número 1º de 1921, como del 13 de la Ley 21, que se tacha de inexequible. Esta disposición dice:

"Las personas que hubieren terminado sus estudios de derecho en Facultad oficial o de reconocida aceptación, antes de la vigencia de la Ley 62 de 1928, serán inscritos con las formalidades indicadas en dicha Ley, y podrán ejercer, en tal virtud, la abogacía, siempre que comprueben su honorabilidad en la forma establecida.

"El Tribunal puede dictar todas las medidas tendientes a investigar la autenticidad del certificado que acredite el hecho de haber terminado tales estudios."

Y el artículo único, Acto legislativo número 1º de 1921, se halla redactado así:

"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 las bebidas fermentadas.

"También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas públicas de transportes y conducciones, y exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y sus similares y la de abogado."

Por consiguiente, el principio general de que toda persona puede abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a determinado gremio, encuentra restricción en el mismo texto constitucional,

por lo que respecta, entre otras, a la profesión de abogado, puesto que para el caso exige título de idoneidad, en salvaguardia de primordiales intereses de la sociedad, dejando al cuidado del legislador la tarea de reglamentar dicha profesión.

Y así, el artículo 13, que pertenece a la segunda de las leyes dictadas en desarrollo del precepto constitucional, no lo viola de ninguna manera, y menos en la forma que la demanda señala tomando nada más que la primera parte del artículo incorporado en la Carta, esto es, el principio general que estaba consagrado desde 1886, sin tener en cuenta para nada la restricción o limitación que el Acto legislativo establece en lo tocante a la profesión de abogado.

Ni es exacto, como se dice en la demanda, que el artículo 13 faculte *solamente* a quienes hayan terminado sus estudios de derecho con anterioridad a la vigencia de la Ley 62 de 1928, para ejercer la profesión de abogado, siempre que llenen las otras condiciones allí indicadas; o lo que es lo mismo, que el legislador sólo haya permitido a tales personas el ejercicio de dicha profesión, pues ni el espíritu ni la letra de tal precepto permiten llegar a conclusión semejante.

El legislador no ha expresado en manera alguna la idea que contiene la demanda, de que los que hubieran terminado sus estudios con posterioridad a 1928 queden excluídos de ejercer la profesión por los dos años, conforme al artículo 22 de la Ley 62, que en esta parte ha quedado vigente. Lo que el artículo 13 de la Ley 21 hizo fue suprimir la restricción de los dos años para los que hubieran terminado sus estudios antes de 1928.

Es cierto que allí queda previsto un caso especial relativo a determinada categoría de personas que pueden ser admitidas a perpetuidad al ejercicio de la profesión de abogado; pues si se trata de personas que hubieran terminado sus estudios de derecho con anterioridad a la vigencia de la Ley 62, pueden ser admitidas al ejercicio de la profesión, sin lugar a cancelar la respectiva inscripción pasado el término de dos años; lo que sí sucede con aquellos que obtengan la admisión en calidad de personas que hayan terminado sus estudios de derecho con posterioridad a la vigencia de la misma Ley 62 de 1928, conforme al texto del artículo 22, que como ya se dijo, ha quedado vigente.

Estas consideraciones son suficientes para ver cómo el precepto del artículo 13 no está afectado de las tachas de inconstitucionalidad de que trata la demanda, pues pertenece a una reglamentación que el constituyente ha atribuído al legislador, y no puede alegarse que éste careciera de facultad para dictarlo; no vulnera ningún derecho, y en fin, no contiene ninguna pena como lo afirma el demandante, sino que, muy al contrario, y como queda expresado, consagra un beneficio.

Pasa ahora la Corte a examinar la tacha referente al artículo 15 de la Ley 21 ya citada. Esta disposición dice así:

"Queda terminantemente prohibido a los Secretarios o empleados de las oficinas judiciales y administrativas mostrar los expedientes que cursen en ellas a personas distintas de las partes o de los abogados inscritos. Los Jueces y Magistrados podrán conceder permiso a personas extrañas, cuando a su juicio sea necesario para la recta administración de justicia, como médicos, peritos, etc.

"Los funcionarios que violaren esta disposición incurrirán en una multa de dos a diez pesos, que impondrá el respectivo superior, a petición de cualquier ciudadano. Esta disposición se aplica sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los dependientes de los abogados, pero únicamente en cuanto a los negocios en que éstos figuren como partes o apoderados."

La tacha de inconstitucionalidad respecto de este artículo la hace consistir la demanda en que viola el derecho de petición que se consagra en el artículo 45 de la Carta Fundamental, pues dice que la ley niega así a las personas el derecho que les asiste de estar al tanto de sus negocios que cursen en las oficinas judiciales, y la facultad que les asiste de velar por sus intereses, sin que pueda existir una ley que venga a ponerle pauta al modo de obrar de cada uno en relación con sus intereses particulares.

Para ver lo infundado de la acusación, basta saber, como atrás queda dicho, que el legislador está facultado por la Carta para reglamentar la profesión de abogado y que el artículo 15 es parte de esa reglamentación, que si bien fija normas cuya conveniencia o inconveniencia no corresponde a la Corte apreciar en un estudio sobre inconstitucionalidad, no limita en manera alguna el derecho de petición que el artículo 45 de la Constitución consagra, sin que tampoco sea exacto que los ciudadanos estén incapacitados para estar al corriente del curso de sus asuntos en las oficinas públicas o judiciales, pues para llegar al convencimiento contrario basta la simple lectura del referido artículo 15. En él se concede a las partes, y aun a ciertas personas extrañas el derecho de ver y examinar personalmente, o por medio de sus abogados, los expedientes en curso, y por consiguiente ningún impedimento tienen para dirigir cualesquiera peticiones respetuosas a las autoridades, sea en lo referente a tales asuntos, o a cualquiera otro permitido por la Constitución y las leyes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no son inexequibles los artículos 13 y 15 de la Ley 21 de 1931 sobre que versa la demanda en referencia.

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

JULIO LUZARDO FORTOUL—José Miguel Arango. Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales — Francisco Tafur A. — Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Un apoderado de los señores Luis Viloria y Carlos M. Rico demandó para la comunidad formada por éstos y por el señor Arturo C. del Risco la reivindicación del siguiente bien: una casa de techo de tejas y paredes de madera y barro, junto con su solar, situada en Barranquilla, en la acera oriental de la Calle del Recreo, que mide veinte metros, ochenta centímetros de frente, por

cincuenta metros de fondo, y linda, según el título correspondiente, al Norte, con predio de Fernando Castro; al Sur, con predio de Teresa González; al Este, con predio de Pedro Molinares y Cruz Galves, y al Oeste, con la calle dicha, frente a predio de Rudesindo Castillo.

La demanda, dirigida contra el señor Antonio Vengoechea, expone los siguientes hechos:

"1º El señor José del Carmen Ibáñez vendió con pacto de retroventa a Arturo C. del Risco y a mis poderdantes la finca que queda descrita, por escritura pública número 1236, de veintiocho de diciembre de mil novecientos cinco, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito;

"2º El término de la retroventa fue el de seis meses;

"3º El señor Ibáñez no hizo uso de su derecho de retrocompra y, por lo tanto, la venta quedó perfecta;

"4º El señor Antonio Vengoechea es actual poseedor de la finca que reivindico."

Vengoechea, por conducto de apoderado, rechazó la acción deducida contra él. Entre otras cosas, manifestó el apoderado:

"Al primer punto, es posible; pero niego que mi mandante posea la finca de que trata este punto, porque mi poderdante sí ejerce posesión sobre unas fincas de su propiedad adquiridas por escrituras públicas, las cuales están situadas en la Calle del Recreo de esta ciudad, pero ninguna de esas es la finca de que trata esta demanda que contesto."

Concluyó alegando el apoderado la excepción de prescripción ordinaria y extraordinaria, fundando así la primera:

"Según consta en la escritura pública número 233, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito el día veinticinco de julio de mil ochocientos noventa y cinco, la señora Simeona Lascarro compró la finca de mi mandante y entró en posesión de dicha finca desde la fecha en que la adquirió. Luégo la señora Lascarro vendió la misma propiedad a José L. Marín, por escritura pública número 437, otorgada el día veinticuatro de octubre de mil novecientos siete. Desde esta fecha el señor Marín entró a poseer la finca aludida; y como se ve, desde el día en que Marín compró hasta el día en que se propuso la demanda, han corrido quince años. Después Marín vendió la misma casa a Antonio Vengoechea por escritura pública número 920 de la Notaría 2ª, otorgada el quince de octubre de mil novecientos quince. Ahora, como Vengoechea puede agregar su posesión a la de sus antecesores (artículo 778 del Código Civil), y la agrega, hay una posesión no interrumpida y amparada por títulos inscritos de la misma data, de más de quince años, que dejan plenamente probada la excepción propuesta. (Artículo 2529 del Código Civil)."

El Juez 2º del Circuito de Barranquilla, en sentencia de cinco de julio de mil novecientos veintiséis, declaró no probadas las prescripciones ordinaria y extraordinaria, condenó a Vengoechea a restituír a los demandantes el inmueble reclamado y le impuso igualmente la obligación de pagar los frutos como poseedor de buena fe.

Apeló la parte demandada y el Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de treinta y uno de enero de mil novecientos veintiocho, confirmó la del Juez.

La misma parte interpuso recurso de casación, el cual se admite por hallarse en las condiciones legales.

Se alega la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Dice el recurrente que la sentencia del Tribunal es violatoria del artículo 2526 del Código Civil, así concebido: "Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o derechos reales constituídos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo."

Acusa los siguientes conceptos de la sentencia:

"La venta de cosa ajena vale como contrato y a veces puede ser base de adquisición por prescripción ordinaria en contra de terceros, pero jamás contra el poseedor regular de la cosa materia de la venta, porque, como dice el artículo 2526 del Código Civil, contra un título inscrito no hay prescripción adquisitiva de bienes raíces o derechos reales constituídos en ellos, lo que significa que no puede caducar el derecho del poseedor inscrito o regular, sino mediante la inscripción de otro título que cancele el anterior y que llene las condiciones de ser justo, de haberse adquirido de buena fe y que dé lugar a la posesión material de la cosa por diez años. De suerte que si el título no es justo, habrá a lo sumo buena fe de parte del adquirente, pero título nó. La posesión en este caso no es regular, que es lo que exige la ley en diez años, para adquirir por prescripción ordinaria."

Expone el recurrente que en el párrafo transcrito sostiene el Tribunal que el artículo 2526 debe interpretarse siempre en el sentido de que la posesión inscrita sólo cesa por la inscripción de otro título que emane del titular del derecho inscrito." No creo necesario—añade—observar la rara idea del Tribunal de Barranquilla sobre que la venta de cosa ajena puede ser base de prescripción ordinaria contra terceros, pero jamás contra el poseedor inscrito, pues conceptúo difícil que el Tribunal pueda explicar qué quiere decir esa afirmación. Si no se prescribe el dominio del dueño, no sé qué dominio se va a prescribir."

La apreciación afirmativa del Tribunal sobre la aplicación del artículo 2526 implica una negación total de la prescripción ordinaria, porque si el título ha de emanar siempre del verdadero dueño, claro es que siempre se estará en el caso de una simple tradición de dominio y nunca en el que fundamenta las adquisiciones por prescripción ordinaria constitutiva de dominio.

El autor del recurso acusa igualmente la infracción del artículo 764 del Código Civil por la sentencia, porque ésta desconoce a Vengoechea su condición jurídica de poseedor regular del inmueble, no obstante haber exhibido en el juicio un título justo y haber probado su buena fe. Al efecto, la sentencia afirma lo siguiente:

"No puede ser justo título el que proviene de persona que realmente no es la pretendida dueña de la cosa que se dice prescribir y no lo es en este caso el que presenta el demandado para justificar el dominio sobre la cosa en litigio."

Juzgó, por tanto, el Tribunal que la posesión no es regular sino cuando el tradente es el dueño de la cosa vendida, lo cual constituye una interpretación errónea, no jurídica, del artículo 764 del Código Civil.

La Corte considera:

La interpretación que el sentenciador le da al artículo 2526 del Código Civil pugna, por su rigidez, con el espíritu de la misma disposición y con otras del propio Código, como la contenida en el inciso 2º del artícu-

lo 791 y la del artículo 1871, que le reconoce validez a la venta de cosa ajena, sin perjuicio de los derechos del dueño mientras no se extingan por el tiempo.

Algunos han opinado, cotejando los artículos 789 y 2526, que el dominio y los demás derechos reales son imprescriptibles por regla general.

Dicen que una inscripción no pone fin a la posesión si no está enlazada con la inscripción anterior, que es lo que el artículo 789 llama cancelación, de que se sigue que no se puede prescribir porque aquél contra quien se intenta la prescripción no ha dejado de ser poseedor.

Empero, semejante opinión ha sido refutada varias veces por esta Superioridad, la cual ha expresado que no es dable tomar aisladamente el primer inciso del citado artículo 789, sino que hay que ponerlo en relación con otras disposiciones para comprender su alcance, pues de otra suerte serían letra muerta varios artículos, como el 1871, que reconoce como válida la venta de la cosa ajena, de donde resulta que el comprador de ésta puede ganarla por prescripción, naturalmente contra el dueño; y es de notar que dicho comprador no está en ninguno de los casos del primer inciso del artículo 789. El artículo 791, después de consagrar el principio de que quien usurpa una cosa que tiene a nombre de otro no adquiere la posesión de la misma ni se extingue la posesión anterior, a menos que la enajene a su propio nombre, dice que en este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y pone fin a la posesión anterior, y agrega: "con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito 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." Además, para la prescripción extraordinaria, al tenor del artículo 2531, no se necesita título y se efectúa por la posesión durante treinta años, sin que se exija que el último poseedor inscrito haya cancelado la inscripción a favor del prescribiente.

En suma, según el pensamiento de la Corte, aunque para la prescripción ordinaria del inmueble se requiere título inscrito, tal título no tiene porqué derivarse de quien tenga el último título registrado: ha de originarse de otra persona, pues de lo contrario, la venta de cosa ajena no valdría ni sería aceptable la prescripción extraordinaria de bienes raíces.

Dedúcese de lo expuesto, que el Tribunal violó por errónea interpretación el artículo 2526, al no admitir que la prescripción tiene lugar en el caso de venta de cosa ajena respecto del dueño de ella, sirviéndole al comprador el título registrado de la compraventa en contra del título del dueño, y al estimar que el título del prescribiente, para ser justo, ha menester un enlace con el título del dueño en la forma prevista por el artículo 789.

Por tanto, es casable la sentencia recurrida, y con el fin de resolver en instancia se hacen las siguientes consideraciones:

El inmueble que es objeto de la reivindicación fue vendido por Simeona Lascarro a María Trinidad Lascarro, mujer casada con José del Carmen Ibáñez, mediante escritura número 1135, otorgada en la Notaría 1ª de Barranquilla, el primero de diciembre de mil novecientos cinco y registrada el día dos del mismo mes. Luégo Ibáñez lo vendió a Arturo C. del Risco, Carlos M. Rico y Luis Viloria, según escritura número 1236, pasada el veintiocho de diciembre del propio año de mil novecientos cinco en la citada Notaría y registrada el día treinta.

La nombrada Simeona Lascarro le vendió el mismo inmueble que había vendido a Trinidad Lascarro de Ibáñez, a José Marín por medio de la escritura número 437, de veinticuatro de octubre de mil novecientos siete, de la Notaría 2ª de Barranquilla, registrada el veintiocho del propio mes, y Marín, a su vez, se lo vendió a Antonio Vengoechea, mediante la escritura número 920 de mil novecientos quince, de la misma Notaría, registrada el día diez y seis.

Como es válida la venta hecha por Simeona Lascarro a Trinidad Lascarro de Ibáñez, quien adquirió para la sociedad conyugal, la venta posterior que de la misma casa le hizo aquélla a José Marín, ha de reputarse como de cosa ajena, ya que el registro de ésta es también posterior: merced a tal título, el señor Marín, cuya buena fe hay que presumir, comenzó a prescribir contra el dueño y luégo Vengoechea continuó en esa prescripción.

Pero como el que alega en provecho suyo la prescripción debe ser poseedor material del bien, importa averiguar si de aquel de que aquí se trata lo han sido Vengoechea y su antecesor Marín.

Del primero no cabe dudarlo: así lo declara el Tribunal y lo reconoce la parte demandante por el hecho mismo de encaminar contra él la acción de dominio. Si Vengoechea, al contestar la demanda, negó (respuesta al primer punto) estar poseyendo la cosa que es objeto de la reivindicación, probablemente lo hizo en consideración a que esa casa había sido refaccionada por él o por Marín.

Cuanto a este señor, hay declaraciones acerca de que desde mil novecientos nueve y diez, él, exhibiéndose como dueño de la casa, la daba en arrendamiento, sin contradicción de otra persona que se pretendiera propietaria del inmueble, y le hacía reparaciones. Véanse en el cuaderno de pruebas del demandado los testimonios de José A. Bula, Manuel García, Augusto Osorio, Ramón Vargas, Aníbal de la Hoz, Benito Díaz, Humberto de Pauly y Tomás Mc Causland. Esta prueba, apreciada en conjunto, convence de que Marín tuvo la posesión material del inmueble desde el mentado año de mil novecientos nueve o, al menos, desde mil novecientos diez.

Bien pudieron ocupar la casa Ibáñez y su mujer como arrendatarios de los demandantes durante el plazo fijado para la retroventa, pero esto, que sucedió en mil novecientos seis, no destruye la prueba de la posesión material de Marín, con posterioridad a la compra que él hizo del inmueble en mil novecientos siete.

Ahora bien: contando la posesión material de Marín desde mil novecientos nueve o, si se quiere, desde mil novecientos diez, y uniéndola a la de Vengoechea, pues éste ha manifestado que la agrega de conformidad con el artículo 778 del Código Civil, resulta un lapso de más de doce años hasta el veinticinco de agosto de mil novecientos veintidós, día de la notificación de la demanda al opositor. Con esto queda establecida la excepción de prescripción ordinaria, al tenor de los artículos 2528 y 2529 ibídem. Por lo demás, es sabido que un comunero puede ejercitar la acción reivindicatoria en favor de la comunidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla a que se refiere el presente recurso y en su lugar decide:

Revócase la sentencia de primera instancia.

Declárase probada la excepción de prescripción ordinaria alegada por el demandado Antonio Vengoechea: en consecuencia, no se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda inicial del juicio.

Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI — Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Ante el Gobernador del Departamento de Antioquia denunció el señor Manuel Salvador Lezcano, como baldío, un terreno denominado **El Páramo,** situado en el Municipio de Belmira, y alindado así:

"Del **Alto de las Abejas**, bajando por el amagamiento **Morrón** hasta el amagamiento **Vargas**; éste, abajo, hasta el desemboque de la quebrada **San Francisco**; esta quebrada arriba, hasta el camino que pasa para **Quebraditas**; por toda la cordillera llamada **La Cruz,** hasta salir al camino que pasa para Ituango; de aquí, línea recta, a la cordillera que vierte a las montañas de Liborina; por toda la cordillera, hasta el **Alto de las Abejas,** primer lindero."

Se opuso el doctor Alfonso Calle C. a la adjudicación de este terreno, por demanda que presentó ante el Juez 1° del Circuito de Sopetrán.

Allí hizo la siguiente exposición de hechos:

"1° Soy dueño, como aparece del remate verificado en el Juzgado 3° de este Circuito en lo Civil, con fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos diez y ocho, en el juicio ejecutivo promovido por el señor Carlos E. López contra el señor Martín Arango, de dos lotes de terreno ubicados en el Distrito de Belmira, así:

"El uno, en el paraje de **El Páramo,** sobre el río San Andrés, que linda: del desemboque del amagamiento llamado **San Francisco**; éste arriba, por el agua mayor, hasta su nacimiento; de aquí, por el lado derecho del río mencionado, comprendiendo todos sus nacimientos y vertientes hasta la cabecera del amagamiento llamado **San Francisco**; éste, abajo, a su primer lindero.

"El otro, en el punto nombrado **Vargas y Páramo,** que linda: de un punto enfrente de la manga de Martín Arango a un filo que cae al río del **Páramo**; filo arriba, cogiendo todo el amagamiento **Vargas,** con sus vertientes, hasta su nacimiento; por toda la cordillera que vierte hacia las montañas de Liborina, hasta lindar con Angel María y Telmo Arboleda; de allí, lindando con Martín Arango y Carlos E. López, a buscar el lindero con propiedad de Martín Arango; río abajo, a buscar el punto enfrente de la manga de Martín Arango, primer lindero.

"2° Los lotes de terreno que se dejan alinderados fueron adquiridos por el ejecutado en el juicio en que hice el remate, señor Martín Arango, por la escritura número 293, de cuatro de julio de mil novecientos tres, de la Notaría de Sopetrán, y número 79, de cinco de junio de mil novecientos quince, de la Notaría de Liborina.

"3° El señor Manuel Salvador Lezcano, por memorial de doce de junio de mil novecientos veintitrés, dirigido al señor Gobernador del Departamento, denunció como baldío un terreno situado en el Distrito de Belmira, de este Departamento, terreno conocido con el nombre de **El Páramo,** comprendido por estos linderos: del **Alto de las Abejas,** bajando por el amagamiento **Morrón,** hasta el amagamiento **Vargas**; éste, abajo, hasta el desemboque de la quebrada **San Francisco**; esta quebrada arriba, hasta el camino que pasa para **Quebraditas**; por toda la cordillera llamada **La Cruz,** hasta salir al camino que pasa para Ituango; de aquí, línea recta, a la cordillera que vierte a las montañas de Liborina; por toda la cordillera, hasta el **Alto de las Abejas,** primer lindero.

"4° El terreno denunciado como baldío, que se determina en el numeral que precede, está comprendido dentro de los dos lotes de terreno que se circunscriben en el numeral 1° de este memorial, es decir, que el terreno denunciado como baldío forma parte del que se indica en el expresado numeral 1°

"5° El denuncio hecho por el señor Lezcano fue admitido por la Gobernación del Departamento, y dentro del término que fija el artículo 72 del Código Fiscal, me opuse a ese denuncio y a la adjudicación; y en guarda de mis derechos formalizo tal oposición por medio de esta demanda.

"6° El terreno denunciado como baldío por el señor Lezcano no tiene ese carácter, por estar en el dominio particular, como lo reconoce el mismo Lezcano en juicio civil ordinario que me promovió, y que cursa en el Juzgado 1° de este Circuito en lo Civil, para que se declare que él y otros miembros de su familia han adquirido por prescripción el dominio de ese terreno.

"7° En las diligencias del denuncio aparece que el señor Lezcano cede éste y el derecho que tenga sobre los terrenos denunciados al señor Teodomiro Zapata R. (memorial de catorce de noviembre de mil novecientos **veintitrés**), **y sin** embargo de esto, que da idea de la validez de semejante cesión, el mismo Lezcano, con fecha veinticinco de enero último, en memorial dirigido al señor Gobernador, aparece modificando los linderos del terreno denunciado, en acuerdo con el señor Angel María Arboleda."

Solicitó el demandante se declarase:

"Primero. Que soy dueño del lote de terreno denunciado como baldío por el señor Manuel Salvador Lezcano, ubicado en el Distrito de Belmira, conocido con el nombre de **El Páramo,** por los linderos que se expresan en el numeral 3° de los hechos fundamentales, con o sin la modificación introducida en el memorial de veinticinco de enero último, suscrito por Manuel Salvador Lezcano y Angel María Arboleda, dirigido al señor Gobernador, donde se dice que el lindero del terreno denunciado, en la parte que linda con el de Arboleda, es 'por toda la cordillera llamada **La Cruz,** por las vertientes del río San Andrés y la quebrada **Trinidad,** hasta salir al camino que pasa por Ituango, y de aquí por el mismo vertiente a las montañas de Liborina.'

"Segundo. Que, en consecuencia de la propiedad que tengo sobre el terreno alindado, es ineficaz la denuncia de ese terreno como baldío, y no hay lugar a la adjudicación que pretende el denunciante.

"Tercero. Que las costas son de cargo de los demandados, si dieren lugar al adelantamiento del juicio."

Los demandados contestaron la demanda, rechazando la acción deducida contra ellos y negando que el terreno baldío denunciado se halla dentro de los límites de los lotes rematados por Calle C. Alegaron también la excepción de nulidad absoluta del remate.

El Juez 1º del Circuito de Sopetrán, en sentencia de diez y ocho de junio de mil novecientos veinticinco, falló la litis de esta manera:

"1º Declárase que el demandante, doctor Alfonso Calle, es dueño, no en la totalidad, pero sí en la mayor parte del globo de terreno denunciado como baldío por el señor Manuel Salvador Lezcano, ubicado en el Distrito de Belmira, y conocido con el nombre de **El Páramo**, o mejor, con exclusión del lote que aparece dibujado en el croquis, de figura triangular, distinguido con el número 1º y demarcado así:

'Por un costado, con la cordillera que limita con las montañas de Liborina, en donde está situado el **Alto de las Abejas**; por otro costado, con el **amagamiento Vargas**, por todo su curso hasta su desemboque en el amagamiento **Morrón**, y por el otro, con este mismo amagamiento, subiendo hasta su nacimiento en la cordillera citada.'

"En consecuencia, la declaratoria que se hace, se circunscribe a la extensión de terreno de **El Páramo**, que se distingue en el mismo croquis por estos linderos:

'Partiendo del nacimiento del amagamiento **Vargas**, en la cordillera que limita con las montañas de Liborina, por todo su curso, hasta su desemboque en el amagamiento **Morrón**; siguiendo éste, para abajo, hasta su desemboque en el río San Andrés; por este río, para abajo, hasta la boca de la quebrada **San Francisco**; siguiendo esta quebrada, para arriba, hasta el camino que va a **Quebraditas**; de aquí, siguiendo por la cordillera de **La Cruz**, hasta encontrar el camino para Ituango; de este punto, lindando con terrenos de Martín Arango, Angel María y Telmo Arboleda, hasta encontrar la cordillera que linda con las montañas de Liborina; siguiendo por toda esta cordilllera, a buscar los nacimientos del amagamiento Vargas, punto de partida'; demarcación dentro de la cual quedan comprendidos los dos lotes de terreno rematados por el actor, a que se hace referencia en la demanda, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

"2º Que, como consecuencia de la anterior declaración, es ineficaz la denuncia como baldío del terreno que queda determinado en el memorial anterior, con la exclusión que allí se hace, y que, por lo tanto, no hay lugar a la adjudicación que pretende el denunciante con relación a dicho terreno; y

"3º Declárase no probada la excepción de nulidad propuesta por los demandados."

Apelada esta sentencia por los demandados, la confirmó el Tribunal Superior de Medellín, en la que profirió el treinta y uno de agosto de mil novecientos veintiséis.

La parte demandada interpuso recurso de casación, el cual es admisible, por razón de la naturaleza del juicio y de la cuantía del negocio.

El apoderado del recurrente dice en la demanda de casación:

"Las causales en que fundo el recurso son las siguientes: la de incompetencia de jurisdicción de este Tribunal, como principal, y como subsidiaria, las de violación de leyes sustantivas, error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, manifestado el error de hecho evidente en los autos."

La causal de incompetencia de jurisdicción se hace consistir en que el Tribunal Superior de Medellín no tiene jurisdicicón para fallar el juicio en segunda instancia.

La acción promovida—se arguye—tiende a que por la autoridad competente en el ramo Judicial, se declare que el terreno denunciado por Lezcano como baldío, es de propiedad particular de Calle C. Los baldíos pertenecen a la Nación, quien, por lo mismo, es parte interesada en el litigio que los afecten; y como, según el artículo 7º de la Ley 169 de 1896, los Tribunales conocen en primera instancia de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación, con excepción de aquellos que se expresan en el artículo 40 de la Ley 147 de 1888, es claro, en sentir del recurrente, que el Tribunal de Medellín debía conocer del presente negocio en calidad de Juez de primera instancia y no de segunda, como lo hizo. Con esto se incurrió en el vicio de incompentecia, que se acusa con fundamento en el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

La Sala considera lo siguiente:

Establece el artículo 74 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912) que si hay oposición u oposiciones a la adjudicacinó del baldío denunciado, el Gobernador debe ordenar la remisión del expediente al respectivo Juez o Tribunal, para que las partes hagan valer sus derechos.

Pero ¿cuándo ha de conocer en primera instancia el Juez y cuándo el Tribunal?

Con arreglo al artículo 73 del mismo Código, el Agente del Ministerio Público puede oponerse a la adjudicación, si con ella ha de contravenirse a las disposiciones legales, y, de conformidad con el artículo 80, en los juicios en que sean parte cultivadores o colonos que no hayan obtenido título de adjudicación, se ha de citar y tener como parte al respectivo Agente del Ministerio Público.

Estima la Corte que cuando el Agente del Ministerio Público hace una oposición directa a la adjudicación, facultado por el susodicho artículo 73, corresponde conocer del negocio al Tribunal Superior. En este caso es dable sostener que la oposición del Agente se formula a nombre de la Nación, cuyos derechos considera lesionados aquél por algún motivo, y así viene la misma Nación a ser parte inmediata en la controversia.

Empero, cuando el Agente interviene en cumplimiento de lo estatuído en el susodicho artículo 80, su misión se endereza a velar por que en el juicio no se violen las prescripciones sobre baldíos: puede entonces decirse que él es parte para proteger los derechos de los colonos o cultivadores, pero que no lo es la Nación. En tal caso conoce del negocio en primera instancia el Juez correspondiente.

Si esto no fuera así y se creyera con el recurrente que la Nación es parte en toda controversia en que figuren colonos, el juicio de policía a que se refiere el artículo 78 del mismo Código debería tramitarse y decidirse en primera instancia por el Tribunal, y no llegaría jamás el evento de que un Juez conociera de esta clase de juicios: con lo cual prácticamente se desconocería el alcance del artículo 74, en cuanto éste supone que de las oposiciones a la adjudicación conocen en primera instancia unas veces los Tribunales y otras los Jueces.

Ahora bien: como el juicio actual no fue originado por una oposición directa del Fiscal del Tribunal de Medellín y la intervención de éste solamente tiene fundamento en el artículo 80 del Código Fiscal, al nombrado Tribunal no le incumbía decidir el litigio en primera instancia, sino en segunda, como lo hizo.

Por tanto, no se halla justificada esta causal de casación.

Como causal subsidiaria se alega que hay en el fallo del Tribunal violación de leyes sustantivas y errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Esta es la causal 1ª

Primer motivo. El recurrente cita como violados los artículos 762 del Código Civil, 65 y 79 del Código Fiscal y 831 del Judicial y explica la acusación diciendo que en el presente debate apareció el denunciante o demandado en su condición jurídica de poseedor, la cual demostró en las diligencias administrativas sobre denuncia del bien baldío y fue aceptada por el representante de la Nación, quien manifestó que no tenía ninguna objeción que hacer al título de cultivador o colono alegado por el denunciante. Además, la condición enunciada le viene al demandado del precepto del artículo 79 del Código Fiscal, conforme al cual, en la controversia entre colonos y adjudicatarios, o entre aquéllos o éstos con terceros que reclamen dominio sobre el terreno cultivado, ocupado o adjudicado, los cultivadores o colonos se deben considerar como poseedores, y siendo tal la condición de Lezcano, resulta de rigurosa aplicación la regla contenida en el inciso 2º del artículo 762, que reputa dueño al poseedor mientras otra persona no justifique serlo.

"No basta—agrega el recurrente—que el tercero diga que tiene posesión inscrita que oponer al que alega la tenencia de la cosa con ánimo de señor o dueño, para que el Juez dé por desvirtuada aquella presunción legal; es necesario que el tercero demuestre plenamente que tiene un derecho preferencial de dominio, emanado de título que no adolece de vicio alguno. La sentencia recurrida, al declarar, sin causa justificativa, que el demandante era dueño del terreno denunciado como baldío, violó el artículo 762 del Código Civil, que manda tener como dueño al poseedor, y al mismo tiempo violó el artículo 79 del Código Fiscal, que manda considerar como poseedor al cultivador o colono de un terreno baldío."

Explicando más la acusación, agrega el recurrente que Calle C. no ha demostrado tener mejor derecho, o sea que es verdadero dueño del terreno, porque él dice haberlo adquirido en virtud de remate en la ejecución de Carlos E. López contra Martín Arango; éste manifiesta que lo adquirió parte por compra a Antonio Correa R., quien, a su turno, expresa habérselo comprado a Manuel Toro, mayordomo general de doña Teresa Asnárraga, y parte por compra a Rodolfo A. Hidrón y Luis María Posada, éste último como apoderado general de Gonzalo Velásquez, quienes declaran haberlo adquirido por compra a los herederos de Vicente y Alberto Gaviria. Empero, el demandante no acreditó los poderes con que obraran las personas que vendieron a nombre de terceros en estas escrituras, ni los títulos de propiedad de los antecesores de Correa, Hidrón y Velásquez, para saber si la tradición y consiguiente inscripción se habían hecho regularmente. No se adujo certificado del Registrador para conocer si la tradición de la cosa se había hecho regularmente. No es justo título, con arreglo al inciso 2º del artículo 766 del Código Civil, el conferido por una persona en calidad de mandatario de otra sin serlo. Los títulos otorgados por Antonio Correa R., vendedor a Martín Arango, y Luis M. Posada, tradente del mismo, no pueden aceptarse como justos, porque esos señores figuraron como mandatarios sin serlo, "desde luégo que el demandante no exhibió la constancia del mandato." La posesión inscrita que se desprende del registro de tales títulos es irregular, acompañada de mala fe, porque tanto Arango como Calle están cobijados por la presunción que establece el inciso 4º del artículo 768 ibidem, supuesto que es un error de derecho el comprar una finca a un mandatario que no presenta el poder, o a un mayordomo que no es representante legal de su patrón. La sentencia parece que considera como regular la posesión derivada de estos títulos, siendo así que es irregular y no sirve sino para prescripción extraordinaria.

La Corte observa:

No ha habido violación directa del artículo 762 del Código Civil, porque el Tribunal no ha desconocido la presunción legal de dominio que favorece al poseedor, mientras otra persona no justifique su derecho a ese dominio, ni tampoco del artículo 79 del Código Fiscal, que no ha sido negado por el sentenciador.

La violación sólo puede venir como consecuencia de errores evidentes de hecho o de errores de derecho en la apreciación de los títulos aducidos por Calle C., con el fin de acreditar su dominio; y en este sentido parecen encaminarse las impugnaciones del recurrente.

El Tribunal reseña los títulos aducidos por el demandante y de ellos saca la conclusión de que sobre los lotes en cuestión se ha ejercido el dominio privado con posesión inscrita, que desvirtúa la presunción de bienes fiscales o baldíos, lo cual no puede contrarrestarse (dice) con testimonios aducidos por la parte que pretende la adjudicación; y añade que si acaso las transmisiones hechas a Arango y de éste a Calle fueron irregulares, porque se hubiera enajenado un baldío como de propiedad particular, sería el Estado la entidad que pudiera discutir con el poseedor regular aquella irregularidad.

Como se advierte, el sentenciador llegó a la conclusión de que, merced a los títulos presentados, Calle C. acreditó su propiedad sobre los lotes, y en esto no hay error de derecho, porque la tradición derivada del registro del remate y de las escrituras anteriores es un modo de adquirir el dominio, según los artículos 740 y 756 del Código Civil. No hay porqué exigir certificado del Registrador "para saber si la tradición de la cosa se hizo de modo regular," porque se halla legalmente revestida de fe pública la nota de inscripción puesta en aquellos instrumentos, y le toca probar contra ella a quien sostenga que hubo irregularidades en la tradición.

Mas el error de derecho se hace propiamente consistir en que las escrituras otorgadas a Martín Arango no pueden estimarse "porque el demandante no exhibió la constancia del mandato" con que procedieran Luis M. Posada y Manuel Toro.

De la falta de aducción de los poderes deriva el recurrente la consecuencia de que aquellos individuos no eran apoderados de las personas a cuyo nombre contrataron.

En la escritura otorgada por Correa R. a Arango, se dice que aquél hubo el lote por compra a Manuel Toro, mayordomo general de doña Teresa Asnárraga, sin citarse el poder que esta señora le confiriera a su mayordomo, y en la otorgada al mismo Arango por Hidrón y Posada, se asevera que éste obraba con poder, que exhibió ante el Notario, dado por Gonzalo Velásquez mediante la escritura número 2204, pasada en la Notaría 2ª de Medellín, el dos de noviembre de mil ochocientos noventa y seis; pero en el instrumento no se insertó tal poder.

Es cierto el hecho de no haberse traído a los presentes autos la prueba de esos poderes; pero de semejante omisión no se desprende la consecuencia que sustenta el recurrente, o sea que aquellos individuos no eran tales apo-

derados. Una cosa es la falta de prueba y otra la inexistencia de los mandatos; y estima la Corte que a Calle C. le bastaba aducir el título de su remate y las escrituras que tenía Martín Arango para demostrar que, respecto de los demandados, el terreno no era baldío.

Agrega el recurrente que el Tribunal violó el artículo 65 del Código Fiscal, al desconocer el derecho del demandado y reconocerlo a favor del demandante: el cultivador o colono, por el solo hecho de serlo, tiene adquirido un verdadero derecho de propiedad y el título de adjudicación que se le da después no es el que le confiere derecho de dominio, pues que el título es apenas declarativo de la propiedad emanada de la ley misma.

Empero, acerca de esto ha de notarse, en primer lugar, que no está demostrado el carácter de baldío que se le atribuye al terreno, y en segundo, que la interpretación del mencionado artículo 65 no es la que le asigna el autor del recurso. Cuando el artículo establece que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, **de acuerdo con lo dispuesto en este Código**, quiere solamente significar que el cultivo y la ocupación le dan al cultivador o colono un derecho a que se le adjudique el lote, de conformidad con el procedimiento detallado en el artículo 79 y siguientes del Código, en la Ley 85 de 1920, en la 17 de 1917, y demás concordantes. De suerte que ese derecho personal ha menester, para convertirse en derecho **in re**, el título otorgado por la autoridad competente.

Por lo demás, no aparece plenamente establecido el carácter de cultivador o colono en Lezcano; pues las declaraciones son vagas y no resulta de ellas cuánta porción ha tenido éste con cultivos o ganados (supuesto que no es presumible que hubiera ocupado todo el terreno, que es de alguna considerable extensión), para que fuera dado saber cuál es el tanto a cuya adjudicación tendría derecho, de conformidad con las leyes de la materia (artículo 1° de la Ley 71 de 1917 y artículo 3° de la Ley 85 de 1920).

Se acusa también la violación del artículo 831 del Código Judicial. La sentencia dice que para desconocer el derecho del demandado como colono del baldío, existe una prueba apodíctica y grave, cual es la demanda que Lezcano presentó en mil novecientos diez y ocho contra el doctor Calle, para que se declarara que los lotes rematados por éste le pertenecían, lo que es incompatible, arguye la sentencia, con la determinación de Lezcano, cuatro años más tarde, de pretender que se le adjudicara como baldío el terreno. Al apoyarse el sentenciador principalmente en esta demanda, hizo una indebida aplicación del mentado artículo, porque dio a la demanda el carácter de sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada. Tal demanda carece de la fuerza que le da la sentencia y debe aplicársele el artículo 556 del Código Judicial, en vez del 831.

Empero, téngase en cuenta que el Tribunal no confundió la demanda referida con una sentencia definitiva. La tomó sin duda como una confesión, que tal carácter tiene, según el artículo 72 de la Ley 105 de 1890; mas el cargo no se dirige a impugnar el valor de la confesión en sí misma.

Por lo expuesto hasta aquí, se comprende que no prospera el motivo de violación de leyes sustantivas, ya directamente, ya como consecuencia de errores de hecho o de derecho.

En el segundo motivo se acusan más concretamente esos errores.

Se dice que la sentencia, para reconocer el derecho de propiedad del demandante sobre el terreno denunciado por el demandado, aceptó como probada la identidad de ese terreno y los lotes rematados por Calle, con el dictamen pericial practicado en la primera instancia. El Tribunal incidió en error evidente de hecho en la apreciación de semejante dictamen. Basta leer el de los peritos principales y el del tercero, que adhirió al concepto del perito del demandante, para que se vea que, a pesar del empeño que pusieron los reconocedores, no fue posible encontrar y precisar todos los linderos, tanto de los lotes del remate como del terreno denunciado para la adjudicación. El hecho de que la mayoría hubiera sacado la conclusión, divorciada de la demanda, de que los lotes de Calle estuvieran comprendidos dentro del terreno denunciado, no destruye las deficiencias encontradas en los linderos de unos y otros, y, por consiguiente, la falta de identidad. La propia sentencia reconoce paladinamente que el Tribunal halló oscuridad en los linderos. El Tribunal acogió el parecer de los dos peritos contextes, como plena prueba de que el terreno denunciado estaba comprendido, no íntegramente, sino en su mayor extensión, en los dos lotes del remate; y hé aquí que por este aspecto cayó el sentenciador en error de derecho: ello porque, haciendo a un lado la regla del artículo 79 de la Ley 105 de 1890, no apreció el dictamen, sino que le reconoció completa fuerza probatoria, aplicando, probablemente, el artículo 770 de la Ley 103 de 1923, el cual no regía la controversia.

Se observa:

A pesar de haber hallado algunas dificultades en la determinación de los linderos, derivadas de omisiones en los títulos y en el denuncio, dos de los peritos (uno principal y el tercero), afirman que el lote de terreno a que se refiere el denuncio está comprendido en su mayor parte dentro de los lotes rematados. El Tribunal refiere en su sentencia la inspección practicada de oficio por el Juez con intervención de peritos; y aunque no dice expresamente que le otorga plena fe, si así lo hizo, no cayó en el error evidente de hecho ni en el de derecho que se le atribuye. Esto porque, en sentir de la Corte, el valor sustantivo de la prueba se rige por la ley bajo la cual se practicó, y en octubre de mil novecientos veinticuatro estaba vigente la mencionada Ley 103, cuyo artículo 770 disponía:

"El dictamen pericial tiene fuerza obligatoria en el pleito en que se produce, salvo el caso en que los hechos en que los peritos funden su dictamen no hubieren sido presenciados por ellos o examinados personal y directamente, o se hubieren fundado para dar su exposición en pruebas producidas en juicio que no tengan el carácter de plenas."

El dictamen de que aquí se trata no se halla en los casos de excepción contemplados en el artículo; pues los peritos examinaron directa y personalmente los hechos y tuvieron en cuenta los títulos presentados, que, si algo confusos, tienen el carácter de plena prueba. Por tanto, se desestima este cargo.

Finalmente, se arguye que el sentenciador incurrió en error de derecho al manifestar que con la prueba testimonial aducida por el demandante (declaraciones de Ceferino, Luis F. y Pedro Luis Uribe, José Arboleda y Eleuterio Ruiz), había quedado establecida, con aceptable precisión, la identidad de los terrenos. Es regla de procedimiento judicial que en toda causa cuyo esclarecimiento depende de alguna ciencia o arte o en que hayan

de hacerse apreciaciones, no es conducente la prueba testimonial (artículo 651 del Código Judicial). En el caso de la litis, se necesitaba determinar y comparar unos linderos complicados, y por eso la prueba técnica era la pericial, a la cual acudió el Juez. No siguió este criterio el Tribunal, porque hizo valer unos testimonios, y por ello incurrió en error de derecho al reconocer a la prueba testimonial un valor probatorio que le niega la ley.

Se considera:

Es cierta la manifestación de la sentencia que impugna el recurrente. Para el esclarecimiento de linderos, la prueba apta es la pericial y la testimonial puede servir de ayuda a los peritos. Mas de aquí no se sigue la infirmación del fallo, porque, como se ha visto, éste encuentra apoyo en el dictamen pericial a que se ha hecho referencia. De suerte que, aun admitido que el Tribunal incurrió en el error que se le imputa, la sentencia debe subsistir, con arreglo a lo dispuesto en el último inciso del artículo 12 de la Ley 90 de 1920.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No es casable la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos veintiséis.

Son de cargo del recurrente las costas que se hubieren causado.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Con ocasión de la denuncia que ante el Gobernador del Departamento de Antioquia hizo Germán Molina C., de una mina de oro de aluvión denominada *Plan de Riogrande,* se opusieron Heliodoro González y Atanasio Vargas, cada uno por derecho propio. La mina se halla situada en el Distrito de Santa Rosa, fracción de San Pablo, banda izquierda del río Grande a continuación oriental de la mina de los Boteros.

Ambas oposiciones fueron formalizadas oportunamente. En la primera quedó como actor el denunciante; en la segunda, el opositor. Los juicios respectivos fueron acumulados a virtud de providencia del Tribunal Superior de Medellín. La primera, esto es, la de González, se fundó en que la mina denunciada por Molina Callejas hace parte de otra, en la cual es dueño el opositor, titulada y no desierta. La segunda oposición se basa en este mismo fundamento y además en que la mina denunciada está en gran parte situada en terrenos de propiedad del opositor destinados a la ceba y cría de ganados, y que su actual denunciante no ha solicitado permiso para tal efecto, del opositor ni de los demás condueños.

El Juez dictó sentencia absolutoria del opositor demandado Heliodoro González; pero omitió fallar respecto del otro opositor, Atanasio Vargas.

Por apelación del denunciante Molina Callejas, el Tribunal Superior de Medellín, en providencia de fecha quince de marzo de mil novecientos veintiocho, aplicando el artículo 29 de la Ley 169 de 1896, se abstuvo de fallar en el fondo el pleito, pero revocó la sentencia de primera instancia, en razón de haber omitido pronunciar fallo respecto del juicio a que dio origen la oposición de Atanasio Vargas.

El denunciante Molina Callejas interpuso casación contra esta decisión, recurso que le fue concedido.

Dada la naturaleza del fallo recurrido, es preciso ante todo que la Corte examine y decida en providencia previa y especial, si la dicha decisión del Tribunal es sentencia de aquellas contra las cuales puede interponerse el recurso de casación, pues así lo ordena el artículo 10 de la Ley 90 de 1920.

Se considera: el recurso de casación, según el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, sólo puede concederse "contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y contra las que se pronuncien en los juicios de sucesión por causa de muerte, cuando uno y otro tengan la cuantía fijada al efecto por la ley."

El fallo recurrido no es sentencia definitiva, porque no versa sobre lo principal del pleito (artículo 824 del Código Judicial); es apenas una providencia autorizada por el artículo 29 de la Ley 169 de 1896, que siendo interlocutoria puede revocar, por excepción, una sentencia definitiva no en el fondo, sino "para el solo efecto de que se cumpla la formalidad pretermitida."

El Tribunal explica su fallo así: "Acumuladas las dos oposiciones era forzoso fallar en una sola sentencia que abarcara todas las cuestiones del doble debate, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 838 del Código Judicial. Por la inexplicable y grave omisión del Juez, no puede entrar ahora el Tribunal *en el fondo* del incompleto fallo, porque ello equivaldría a pretermitir la primera instancia con relación a ella y el procedimiento sería indebido. (Artículo 155 del Código Judicial)."

Este fallo del Tribunal, a pesar de revocar la sentencia apelada, no toca su fondo, y antes bien, la revocación es un mero aplazamiento del recurso que tiene por objeto que sea completada la cuestión principal de la controversia y comprendida en la sentencia que había de volver al Tribunal.

Puede concluirse, por tanto, que el fallo recurrido en casación no permite este recurso.

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

1º No es admisible el recurso de casación interpuesto por Germán Molina Callejas contra el fallo dictado en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha quince de marzo de mil novecientos veintiocho; y

2º Se condena al recurrente en las costas respectivas.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—El Conjuez, *Abraham Arenas—Juan N. Méndez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,* Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

En el juicio ejecutivo que ante el Juez 5º del Circuito de Bogotá ha seguido Heliodoro D. Rojas contra Ricardo Tirado Macías para el pago de la suma de setecientos cincuenta pesos ($ 750), oro con intereses, a virtud del auto de fecha trece de septiembre de mil novecientos diez y nueve, introdujo la señorita Lorenza Tirado Macías una tercería coadyuvante para que con el producto de los bienes embargados al ejecutado se le pague la suma de cuatro mil pesos oro, también con intereses, conforme al contrato que consta en la escritura número 2432 de veintidós de diciembre de mil novecientos once, otorgada ante el Notario 2º de Bogotá. Antes de contestar el ejecutante el traslado que se le dio de la demanda de tercería, opuso como dilatoria la excepción de cosa juzgada, y como se le fallara adversamente la propuso como perentoria al contestar la demanda. Oportunamente y después de haberse dictado la sentencia de pregón y remate, el Juez profirió la de prelación de los créditos de siete de noviembre de mil novecientos veintinueve, cuya parte resolutiva dice:

"A mérito de las consideraciones hechas, el Juzgado, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

Declárase probado el crédito de la tercerista Lorenza Tirado Macías. Tiénese como probado el crédito del ejecutante Heliodoro D. Rojas.

Prelación.

Con el producto de los bienes embargados y con los que luégo se embargaren, se pagarán los créditos en el orden siguiente:

"1º Las costas causadas en interés general de los acreedores.

"2º El crédito de la señorita Lorenza Tirado Macías, con sus intereses y costas particulares.

"3º El crédito del doctor Heliodoro D. Rojas, con sus intereses y costas particulares."

De esta sentencia sólo apeló el ejecutante, y el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó por la de fecha siete de noviembre último.

La misma parte interpuso recurso de casación, que es admisible, y se procede a considerar.

Alegó el recurrente las causales primera y segunda de casación.

Respecto de esta última causal no indica el recurrente en ninguno de sus alegatos qué puntos hubiera dejado de fallar el Tribunal sentenciador en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. El hecho de que el Tribunal no hubiera dicho nada en la parte resolutiva de su fallo con relación a la excepción de cosa juzgada no implica que no haya fallo implícito sobre ese punto, porque en la parte motiva de la sentencia consideró y desechó tal excepción. Tampoco ha alegado el recurrente que hubiera habido incongruencia por exceso en la sentencia. El cargo es pues infundado.

Causal primera.

Respecto de esta causal dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar las pruebas que obran en el expediente, dejando de aplicar—dice—algunas de las que allí existen y que en su concepto servían para demostrar plenamente la excepción de cosa juzgada.

Como fundamento de esa acusación, el recurrente razona en términos que pueden resumirse así: que por no haber visto el Tribunal la copia de la primera demanda de tercería de la señorita Lorenza Tirado Macías que obra en autos llegó a la errónea conclusión de no estar probada la excepción de cosa juzgada; que el título de esa primera demanda de tercería que echó de menos el Tribunal, es la escritura número dos mil cuatrocientos treinta y dos (2432) de fecha veintidós de diciembre de mil novecientos once, otorgada ante el Notario 2º de Bogotá, título en que la expresada señorita cobraba la suma de cuatro mil pesos oro, con intereses al dos por ciento mensual, que le había dado en mutuo a Ricardo Tirado Macías; que si el Tribunal se hubiera detenido a buscar dicha prueba, habría llegado a conclusión distinta de aquella a que llegó, y habría declarado probada la excepción de que se viene hablando; que esta excepción está plenamente probada porque en la ejecución que el recurrente adelantó como ejecutante en mil novecientos doce, para cobrar la misma suma que hoy cobra en este juicio contra Ricardo Tirado Macías, la misma señorita Lorenza Tirado Macías propuso tercería para cobrar la suma de cuatro mil pesos oro, con intereses, fundándose en el mismo título en que hoy funda su nueva tercería para cobrar idéntica suma con los mismos intereses. Que esa primera tercería fue fallada en el juicio ejecutivo que en esa época siguió el mismo recurrente como ejecutante, según aparece de la sentencia de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos catorce, proferida por el Juez 5º de este Circuito y que debidamente registrada obra en autos, sentencia en que se reconoció tanto el crédito del ejecutante por la suma que hoy cobra como el de la tercerista Tirado Macías por cuatro mil pesos oro con intereses, ambos contra Ricardo Tirado Macías; que tratándose, pues, en el nuevo juicio ejecutivo de las mismas personas que intervinieron en el juicio fallado, de la misma e idéntica cosa y del mismo título, se imponía alegar la excepción de cosa juzgada para evitar en lo sucesivo—dice—la coalición entre el ejecutado y la tercerista y burlar indefinidamente el ejercicio pleno del derecho del recurrente como ejecutante, y porque el artículo 831 del Código Judicial dice: "La sentencia ejecutoriada debe cumplirse, funda la excepción de cosa juzgada y hace nula cualquiera otra sentencia posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas personas, con excepción de los casos expresados en el artículo siguiente y de las sentencias pronunciadas en juicios sumarios, pues si bien deben cumplirse y ejecutarse, pueden ser revisadas en juicio ordinario, en los casos expresamente previstos por la ley."

Se considera:

No dice expresamente el recurrente que fuera la disposición sustantiva últimamente citada la que el Tribunal violó al incurrir en el error de no apreciar la prueba que se indica como omitida en el fallo acusado; pero de todos los razonamientos que el recurrente hace, deduce la Corte que el propósito manifiesto de éste fue el de citar como violada por el Tribunal la disposición transcrita, ya que por otra parte indica el concepto en que lo fue y que consiste en no haber tenido en cuenta el Tribunal determinada prueba y dejar por ello de reconocer la situación jurídica de la cosa juzgada que contempla la disposición citada por el mismo recurrente en ese

cargo. Otra cosa sería si no concurrieran las circunstancias anotadas y apareciera que el recurrente no hubiera hecho cita alguna de disposición sustantiva que considerara opuesta al fallo del Tribunal, caso en el cual habría que aplicar la sanción establecida en el artículo 10 de la Ley 90 de 1920.

Resta solamente examinar si existe en autos la prueba que indica el recurrente como no apreciada por el Tribunal.

Como ya se dijo, la prueba que echó de menos el Tribunal para tener por no probada la excepción de cosa juzgada fue la copia de la primera demanda de tercería promovida por la señorita Lorenza Tirado Macías, para de esa manera saber si ésta cobrara la misma suma que hoy cobra también en tercería, o sea el título de la primera demanda, pues el Tribunal dijo: "A los autos, dentro del término de prueba de la segunda instancia, con ánimo de probar la excepción, el ejecutante trajo las copias que se leen de folios 4 a 8 del cuaderno de pruebas respectivo, número 25. Aparece allí la referida sentencia de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos catorce, pronunciada en el juicio ejecutivo de Heliodoro D. Rojas contra Ricardo Tirado Macías y tercería coadyuvante de Lorenza Tirado Macías, juicio distinto del presente seguido también entre las mismas personas; la parte resolutiva de esa sentencia dice así: 'Por lo expuesto, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve: 1º Declárase probado el crédito de la tercerista señorita Lorenza Tirado Macías. El crédito del ejecutante está reconocido en la sentencia de pregón y remate. 2º Con el producto de los bienes embargados y que en lo sucesivo se embarguen al ejecutado doctor Ricardo Tirado Macías, se pagarán en primer término las costas generales causadas en interés general de los acreedores y luégo los créditos que se cobran en el orden siguiente: *a*) El de la tercerista señorita Lorenza Tirado Macías, con sus intereses y costas particulares, y *b*) El del ejecutante doctor Heliodoro D. Rojas, con sus intereses particulares....'

"El crédito de Heliodoro D. Rojas, según las copias, basado en una confesión ficta de Tirado Macías, es el mismo que hoy se cobra por medio de la presente ejecución. Empero, de las mismas copias no aparece de manifiesto igual identidad respecto del crédito de la señorita Lorenza. Habiéndose omitido en ellas la demanda que ocasionara el reconocimiento de ese crédito, ignórase la cuantía de éste, la causa y el título de su existencia. La sentencia en su parte considerativa tampoco alude a estas circunstancias. Los elementos indispensables a comprobar la identidad de los dos créditos están ausentes de las pruebas de la tercería. En estas condiciones, a la excepción de cosa juzgada falta uno de los pilares en que debe descansar: la identidad de asunto."

No tuvo en cuenta el Tribunal la copia de la primera demanda de tercería de la señorita Lorenza Tirado Macías que figura en autos, presentada el seis de junio de mil novecientos doce al Secretario del Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, y que a la letra dice:

"Señor Juez 5º del Circuito:

"Conoce usted de un juicio ejecutivo que contra el señor Ricardo Tirado Macías adelanta el señor Heliodoro D. Rojas por suma de pesos, y por cuanto yo, Lorenza Tirado Macías, mujer soltera, mayor, vecina de esta ciudad, soy acreedora del primero, y así consta en la escritura número dos mil cuatrocientos treinta y dos, autorizada por el Notario 2º de este Circuito, en veintidós de diciembre próximo pasado, promuevo tercería coadyuvante a fin de que con el producto de los bienes ya embargados y los que en adelante lo fueren, se me cubran, con las costas de la cobranza, cuatro mil pesos oro inglés y los intereses que a la rata del dos por ciento mensual se liquidaren, partiendo desde la indicada fecha hasta el día del pago.

"Fundo mi demanda en estos hechos:

"1º Efectivamente, en la citada escritura Tirado Macías se constituye deudor mío, por capital, intereses y costas. Presento la escritura correspondiente.

"2º En el mismo instrumento prometió pagar un mes después, capital e intereses.

"3º Hay bienes embargados por denuncio del ejecutante.

"Pido que en la graduación de créditos se dé al mío el lugar correspondiente.

"Ejercito el derecho que me otorgan los artículos 219 y 227 de la Ley 105 de 1890 y el artículo 2468 del Código Civil. Son demandados en este juicio, los mencionados señores Rojas y Tirado Macías, ambos mayores, vecinos de esta ciudad y aquí mismo residentes....

"Señor Juez.

"Lorenza Tirado Macías."

Esta tercería fue fallada y reconocida en la sentencia de prelación de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos catorce y registrada en la Oficina de Registro de Bogotá, el veintinueve de agosto de 1927, como aparece al folio 3 vuelto del cuaderno de pruebas de la tercerista Lorenza Tirado Macías. Comparado el título de esta tercería fallada en 1914 con el de la presentada por la misma señorita Lorenza Tirado Macías el día veintidós de enero de mil novecientos veintisiete (1927) en este juicio, se ve que tiene el mismo e idéntico título; que en el juicio ejecutivo fallado y en el actual, seguido a virtud del auto de trece de septiembre de mil novecientos diez y nueve, por el mismo ejecutante Rojas contra idéntico ejecutado el doctor Tirado Macías, se cobra también el mismo crédito ya reconocido. Por consiguiente es de todo punto evidente que concurren las circunstancias anotadas en el artículo 831 del Código Judicial para que haya cosa juzgada, tanto respecto de la tercerista Lorenza Tirado Macías como del ejecutante Heliodoro D. Rojas, y por este motivo fue violada por el Tribunal esa disposición y debe casarse la sentencia materia del recurso.

Para fallar en instancia se considera:

Ya se dijo atrás que ni el ejecutado ni la tercerista apelaron de la sentencia, sino que expresamente la consintieron. El ejecutante sí apeló del fallo, limitándose a comprobar la excepción de cosa juzgada creyendo sin duda que al hacerse este reconocimiento por el juzgador respecto de la demanda de tercería, variaba la posición del crédito del mismo ejecutante, lo que es inadmisible, dada la existencia de la cosa juzgada que se alegó y comprobó. Por consiguiente la Corte sólo puede reconocer que está probada dicha excepción y que las partes quedan en la situación en que se encontraban cuando se promovió el presente juicio.

Por las anteriores consideraciones la Sala de Casación Civil de la Corte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha siete de noviembre de mil novecientos vein-

tinueve, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio, revoca la de primera instancia, y en su lugar declara probada la excepción de cosa juzgada. Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

El diez y nueve de febrero de mil novecientos veinticuatro fue repartido al Juzgado 4º del Circuito de Bogotá el escrito por medio del cual se promovió el presente juicio, que dice:

"Yo Pablo Gregorio Alfonso, varón, mayor de edad, vecino de esta ciudad de Bogotá, obrando en nombre y representación de la sucesión ilíquida de los señores José María Sierra S. y Zoraida Cadavid de Sierra, demando ante usted, por la vía ordinaria, trámites de mayor cuantía, al señor Pedro Ignacio Uribe, varón mayor de edad y vecino de esta ciudad, para que, con su citación y audiencia, se hagan por usted las siguientes condenaciones y declaraciones:

"Primera. Que pertenece a las sucesiones demandantes la una fanegada de terreno, integrante del lote número 5 de los seis en que fue dividido el predio denominado *La Estanzuelita,* ubicado en este Municipio, en la partición de los bienes de la sucesión de la señora María Francisca Tobar de Rivas, protocolizada ante el Notario 5º de este Circuito, mediante la escritura pública número 1610 de diez de septiembre de mil novecientos dos, la cual una fanegada está determinada así: por dos costados, con el resto del lote número 5 de propiedad de las sucesiones demandantes; por otro con el camino público que conduce de Bogotá a Soacha, y por el último, por la línea marcada en el plano respectivo—protocolizado con dicha partición—como separación con el lote número 6 de los marcados en el mismo plano.

"Segunda. Que el demandado señor Pedro Ignacio Uribe debe restituír a las sucesiones demandantes, y así se le ordena que restituya, la una fanegada determinada en el numeral procedente, en el término que la justicia, en conformidad con la ley, le señale al efecto.

"Tercera. Que debe igualmente restituír, y así se le ordena, en los mismos términos, las cosas que forman parte de la una fanegada o que se reputan como inmuebles por la conexión con ella, según lo dicho en el título del Código Civil que trata de las varias clases de bienes.

"Cuarta. Que el demandado señor Uribe, en su condición de poseedor de mala fe, es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido el terreno reivindicado, en sí o en sus acesorios.

"Quinta. Que el demandado señor Pedro Ignacio Uribe, en condición de poseedor de mala fe, está obligado a restituír, y así se le ordena, los frutos naturales y civiles de la una fanegada que se reivindica, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si hubiera tenido la fanegada dicha en su poder.

"Sexta. Que se condene al demandado a pagar las costas del juicio."

El demandado contestó así:

"Me opongo de manera rotunda y formal a que se hagan todas y cada una de las seis declaraciones que la demanda persigue"; y el catorce de septiembre de mil novecientos veintiséis, se profirió la sentencia de primer grado, cuya parte resolutiva dice: "el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, absuelve al demandado de todos los cargos de la demanda."

Apeló la parte demandante, y el Tribunal Superior de Bogotá, el trece de junio de mil novecientos veintisiete, confirmó la sentencia de primera instancia, con costas a cargo del apelante.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación la parte demandante, y la Corte lo admite por hallarse ajustado a las exigencias de la ley.

Aléganse como fundamentos del recurso errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, lo cual quiere decir que se invoca la causal primera de casación:

"Acuso la sentencia en referencia—dice el recurrente—por error de derecho en la apreciación de la prueba del dominio de la fanegada reclamada en el juicio, por cuanto en dicho fallo, después de enumerar y apreciar la serie de títulos aducidos por mi parte, y de hallar que conforme a las escrituras públicas, el señor José María Sierra S. vino a ser dueño del lote número cinco de los en que se dividió *La Estanzuelita* en la sucesión de María Francisca Tobar de Rivas, aprecia que con esto solo no está acreditado el dominio completamente, titular o abstracto de las sucesiones demandantes, respecto del lote número cinco, por no haberse traído el certificado del registrador que haga ver si el registro de la adquisición de Sierra se conserva actualmente, por no haber sido cancelado.

"Los conceptos del Tribunal sentenciador que motivan este cargo se encierran con suficiente precisión y nitidez en el siguiente aparte de la sentencia, el cual corre a folios 18 vuelto del cuaderno número 4º:

'De los títulos mencionados resulta: que efectivamente José María Sierra S. fue dueño del lote número cinco de los en que se dividió *La Estanzuelita,* en la sucesión de María Francisca Tobar de Rivas; y que el demandado Uribe adquirió también el lote número seis, de una fanegada con una edificación allí existente; pero con esto solo no está acreditado el dominio completamente, titular o abstracto de las sucesiones demandantes, respecto del lote número cinco, porque no se trajo el certificado del Registrador que haga ver si el registro de la adquisición de Sierra se conserva actualmente, por no haber sido cancelado. Tratándose de la acción reinvindicatoria de bienes raíces, se puede decir con firmeza que la prueba del dominio en casos como el presente, viene a verse con claridad, más que de las escrituras, de la tradición sucesiva de las inscripciones.'

"Hago la imputación al Tribunal sentenciador de error de derecho en la apreciación de las escrituras públicas de adjudicación y de venta presentadas, por los motivos que a continuación pormenorizo con la necesaria separación.

"*Motivo primero*—Porque con esa apreciación se viola el artículo 765 del Código Civil, según el cual (inciso 3º)

son títulos traslaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos, por haberse desconocido a las escrituras de venta el carácter eficaz de títulos traslaticios de dominio.

"*Motivo segundo*—Porque con la misma apreciación se viola igualmente el mismo artículo 765 del Código Civil, según el cual (inciso 4º), pertenecen a la clase de títulos traslaticios de dominio las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición, y, sin embargo, en la sentencia acusada se desconoce a los actos legales de partición que se adujeron, verificados en el juicio de sucesión de María Francisca Tobar de Rivas, el carácter de tales títulos traslaticios de dominio."

Para resolver se considera:

Se hallan debidamente comprobados en este juicio los siguientes hechos aducidos en el libelo como fundamentos de la acción:

a) Que en el juicio de sucesión de María Francisca Tobar de Rivas, cuyo proceso se halla protocolado en la Notaría 5ª de Bogotá, bajo el número 1610 con fecha diez de septiembre de mil novecientos dos, de los seis lotes en que fue dividido el antiguo predio *La Estanzuelita,* el marcado con el número 5, que consta de 13 fanegadas y 1,963,09 varas cuadradas, le fue adjudicado a Magdalena Rivas de Pardo, y el distinguido con el número seis, que consta de una fanegada de terreno, más la casa en él edificada, le fue adjudicado a Diego Rivas.

b) Que por escritura número 2186 de doce de diciembre de mil novecientos cuatro, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, Magdalena Rivas de Pardo vendió el referido lote número cinco a Mercedes Pardo de Rivas, quien a su vez lo vendió a José María Sierra por escritura pública número 694, otorgada en la misma Notaría el catorce de mayo de mil novecientos diez.

c) Que Diego Rivas, adjudicatario del lote número seis de que se ha hablado, en la escritura número 1107 otorgada en la misma Notaría segunda el veinte de julio de mil novecientos ocho, dijo: "que da en venta y enajenación perpetua a la señorita Isabel Tamayo T., mujer soltera, mayor de edad, vecina de Bogotá, y a quien también conozco, es a saber: un lote de terreno que mide dos fanegadas de extensión con la casa de habitación en él edificada y los muebles que en ella existen, situado todo en el punto de *La Estanzuelita* de esta ciudad de Bogotá y deslindado así: por el Norte, con el lote que pertenece a la señora Mercedes Pardo de Rivas; por el Occidente, con el mismo lote; por el Sur, con el camino de Soacha, y por el Occidente, con el mismo lote; y por el Oriente, con el Molino de *Los Alisos,* perteneciente al señor José María Sierra S. Dicha finca la hubo el vendedor así: una fanegada de terreno y la casa, por adjudicación que se le hizo en la partición de los bienes de la sucesión de la señora María Francisca Tobar de Rivas, protocolizada en la Notaría 5ª de este Circuito con fecha diez de septiembre de mil novecientos dos, bajo el número mil seiscientos diez; y la otra fanegada, por permuta que tiene celebrada con la señora Mercedes Pardo de Rivas, cuyo contrato no se ha perfeccionado aún, pero que el vendedor se obliga a ratificar la presente venta tan pronto como tal permuta sea elevada a escritura pública.'

d) Que el 28 de junio de 1911, Diego Rivas e Isabel Tamayo T. comparecieron ante el mismo Notario 2º de Bogotá, y otorgaron la escritura que lleva el número 1234, en la cual dijeron: Diego Rivas, después de hacer constar lo estipulado por él a favor de la señorita Tamayo T. en la escritura expresada en el punto que precede, dijo:

"Tercero. Que el otorgante Rivas se obligó a ratificar la venta hecha a la señorita Isabel Tamayo T., por la citada escritura número mil ciento siete, tan pronto como tal permuta celebrada con la señora Mercedes Pardo de Rivas se elevara a escritura pública.

"Cuarto. Que no habiéndose cumplido con la formalidad de elevar a escritura pública dicha permuta, el otorgante, señor Diego Rivas, ratifica solamente en cuanto a la enajenación de una fanegada de terreno y la casa de habitación en él edificada, hecha en favor de la señorita Isabel Tamayo T., la mencionada escritura número mil ciento siete, otorgada en esta Notaría, el veinte de julio de mil novecientos ocho, y que es lo mismo que el otorgante había adquirido por adjudicación en la sucesión de la señora María Francisca Tobar de Rivas, de que ya se hizo mención."

La señorita Tamayo T. dijo: "que acepta esta escritura y la ratificación que contiene por estar a su satisfacción"; y más tarde, en la escritura pública otorgada en la misma Notaría bajo el número 1945, de veintiséis de septiembre de mil novecientos catorce, dijo esta misma señorita:

"Primero. Que transfiere, a título de venta a favor del señor Pedro Ignacio Uribe U., el dominio pleno y la posesión, de un lote de terreno que mide una fanegada, con la casa de habitación en él edificada, situado en el punto de *La Estanzuelita,* de esta ciudad, que linda así: 'por el Norte, con lote que pertenece a la señora Mercedes Pardo de Rivas; por el Occidente, con el mismo lote; por el Sur, con camino de Soacha, y por el Oriente, con el molino de *Los Alisos';* perteneciente al señor José María Sierra S.

"Segundo. Que dentro de los linderos que se dejan expresados, está comprendida otra fanegada de tierra a que no se refiere la presente escritura, que el señor Diego Rivas, su antecesor en el dominio, dijo haber adquirido por permuta celebrada con Mercedes Pardo de Rivas, cuyo contrato no se llegó a perfeccionar.

"Tercero. Que la fanegada que vende por este instrumento, la adquirió por compra hecha al señor Diego Rivas, según consta del instrumento número mil ciento siete de veinte de julio de mil novecientos ocho, otorgado en esta misma Notaría y que es la misma que se adjudicó al señor Rivas en la sucesión de la señora Francisca Tobar de Rivas, que se halla protocolizada en la Notaría 5ª de Bogotá, bajo el número mil seiscientos diez del año de mil novecientos dos."

De las escrituras públicas que vienen mencionadas, resulta comprobado el hecho marcado en el libelo con el número 8º, esto es, que "cuando el señor Diego Rivas otorgó esta escritura en junio de mil novecientos once, ya hacía más de un año que el señor Sierra S. había comprado a la señora Mercedes Pardo de Rivas el lote número 5, sin deducción alguna de la fanegada proyectada para permuta."

Los dos últimos fundamentos de hecho de la demanda están concebidos así:

"19. En virtud de su carácter de herederas, y de su consiguiente universal representación en favor de las sucesiones ilíquidas sucesoras de los partícipes de la

sociedad conyugal en cuyo favor tuvo lugar la adquisición del lote número cinco de los en que se partió *La Estanzuelita*, las nombradas señoras mis poderdantes tienen, en los términos del artículo 1325 del Código Civil, la ación reinvidicatoria sobre la una fanegada que en esta demanda se reivindica, puesto que ella es parte integrante del dicho lote número cinco.

"19 (sic). El demandado, señor Pedro Ignacio Uribe es poseedor de mala fe de la referida una fanegada, mas si él pretendiere rehuir el responder a esta acción o tratara de frustrarla negando su condición de poseedor, es lo cierto e indudable para esa hipótesis que él es tenedor de tal una fanegada, y como tal, susceptible de ser demandado con éxito en la acción reivindicatoria, de conformidad con lo prevenido congruentemente en los artículos 952 y 971 del Código Civil."

A estos dos puntos contestó el apoderado del demandado:

Al 19º). Es un punto de derecho que lo niego;

Al 20º). Lo niego; no es poseedor de mala fe; es propietario, dueño y poseedor con justo título y buena fe."

Como se ve, el demandado no niega que es poseedor de la fanegada de terreno que se reivindica, y sólo niega el serlo de mala fe, toda vez que con relación a ella afirma que "es propietario, dueño y poseedor con justo título y buena fe"; pero el Tribunal no hizo mérito de esto, porque, en su concepto, "no está acreditado el dominio completamente, titular o abstracto de las sucesiones demandantes, respecto del lote número cinco, porque no se trajo el certificado del Registrador, que haga ver si el registro de la adquisición de Sierra se conserva actualmente, por no haber sido cancelado."

La Corte halla fundada esta exigencia, por ejemplo, en los casos de que tratan los artículos 109, y 196 de la Ley 105 de 1890, en que el Juez debe fallar de plano, y sólo en vista del título que se le presente, que ha de llenar las especiales exigencias que para ello ha establecido la ley; pero no puede decir lo mismo en casos como este, en que la ley no exige tales requisitos en un fallo que pone fin a un debate en que las partes han gozado de toda amplitud para alegar y probar todos los hechos que hallan adecuados para fundar sus derechos o para desvirtuar las pretensiones de su adversario: la escritura número 694, de que arriba se ha hecho mérito, cuya segunda copia debidamente registrada, fue presentada con la demanda para acreditar la propiedad que la sociedad conyugal formada por José María Sierra y Zoraida Cadavid, adquirió en el lote número cinco a que se refiere la sentencia del Tribunal en el paso que se deja transcrito, prueba plenamente el dominio de las sucesiones demandantes respecto de dicho lote, sin necesidad del certificado que echa menos el Tribunal, ya que la parte demandada no ha demostrado que ese dominio no radica hoy en cabeza de la parte demandante." Al no reconocerlo así el sentenciador viola las disposiciones sustantivas que el recurrente hace valer en los motivos 1º, 2º, 6º y 7º de su demanda de casación, y por ello debe casarse la sentencia.

En tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, y para mejor proveer ordena:

Practíquese una inspección ocular con intervención de peritos agrimensores, primeramente en la Notaría 5ª de este Circuito sobre el plano a que se refiere el escrito de pruebas de la parte demandante que figura a la primera hoja del cuaderno número tres de este proceso, a fin de tomar de él todos los datos necesarios, los cuales se harán constar en esa diligencia, para trazar sobre el predio materia del juicio la línea divisoria de los lotes números cinco y seis a que se refiere dicho escrito de pruebas; y también se practicará la inspección sobre el mismo terreno de que se trata, a fin de que en éste se demarque la línea que aquí queda expresada, fijándola debida y especialmente sobre la superficie encerrada dentro del perímetro del predio vendido por la señorita Isabel Tamayo T. al demandado Uribe V., por medio de la escritura número mil novecientos cuarenta y cinco, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito el veintitrés de septiembre de mil novecientos catorce y que en copia figura a fojas 20 a 22 del cuaderno principal de este expediente; y, por último, que en caso de que la línea así demarcada divida en dos porciones el predio que se deja dicho, se aprecie si el lote que queda al lado occidental de dicha línea, corresponde al individualizado en el punto primero de la parte petitoria de la demanda.

Gastos por cuenta de ambas partes, por mitad.

Para la práctica de esta diligencia, comisiónase al Tribunal Superior de Bogotá, con el término de veinte días, y con todas las facultades necesarias para llevar a efecto la diligencia.

Notifíquese, cópiese y remítase al Tribunal comisionado.

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Por escritura pública otorgada bajo el número 140 en la Notaría del Circuito de Calarcá, Departamento de Caldas, el nueve de octubre de mil novecientos once, Pascual Aguirre les vendió a Francisco y Jenaro Aguirre, por diez mil pesos papel moneda, "un lote de terreno en baldíos de este Municipio (Calarcá), ubicado en el paraje de **La Esmeralda,**" por los linderos allí expresados. "Dicho terreno—dijo en esa escritura—el primero de los otorgantes, fue mejorado por el vendedor y los compradores."

Más tarde, el cuatro de junio de mil novecientos diez y siete, por medio de la escritura pública otorgada en la misma Notaría, bajo el número 195, Francisco Aguirre le vendió a Anacleto Aguirre la mitad del mismo lote de terreno vendido, de que trata la referida escritura número 140, en el paraje **La Esmeralda,** manifestando el vendedor "que dicho lote de terreno queda en común y proindiviso con la otra mitad que pertenece a Jenaro Aguirre; pues lo que vende el exponente es sólo la mitad del terreno arriba descrito."

Por último, el primero de diciembre de mil novecientos veintidós, en la Notaría del Circuito de Armenia, se otorgó la escritura que lleva el número 1325, en la cual Jenaro Aguirre dijo que vende a José J. Escobar, "la mitad de un lote de terreno o mejoras en baldíos de la Nación, situados en el punto de **La Esmeralda,** jurisdicción de Calarcá," con los mismos linderos que figuran en las dos escrituras anteriormente citadas, y agregó "que la mitad de las mejoras así indicadas quedan en común y

proindiviso con la otra mitad, perteneciente al señor Anacleto Aguirre."

Haciendo valer estas dos últimas escrituras, José J. Escobar compareció ante el Juez del Circuito de Calarcá, y dijo en escrito de veintidós de febrero de mil novecientos veintitrés:

"Obrando en mi propio nombre, demando en juicio especial de división de bienes comunes, al señor Anacleto Aguirre, también mayor y vecino de este Municipio, para que, previa la tramitación que corresponde, se decrete por el Juzgado y se lleve a efecto, a costas comunes, la división en partes materiales y proporcionales a los derechos de cada cual, la división de un terreno ubicado en el paraje de **La Esmeralda**, en este Municipio, cuyos linderos son los siguientes:

De la unión de las quebradas **El Venado** y **La Esmeralda**; esta última, arriba, al mojón **X**, del plano; de aquí, una línea recta con doscientos cuarenta y seis grados, al mojón **L**; de aquí, una línea con sesenta y ocho grados, al mojón **H**, en la **Vega del Písamo**; ésta, abajo, al mojón **J**; de aquí, línea con doscientos setenta y seis, al camino del **Darién**, en donde está el mojón **K**; siguiendo este mismo hacia al Norte, al mojón **E**; de aquí, una línea con cincuenta y cinco grados y quince minutos, al mojón **F**; de aquí, una línea con cuarenta y nueve grados treinta minutos, al mojón **D**; de aquí, una línea con noventa y ocho grados quince minutos, al mojón **C**, en la quebrada de **El Pital**; ésta, abajo, al mojón **N**; de aquí, una línea con noventa y tres grados treinta minutos, pasando por un lembo a una palma de chinamato, y en donde hay un mojón de piedra, a la quebrada de **El Venado**; ésta, abajo, al primer punto de partida.

"Hago esta solicitud basado en que no me conviene permanecer por más tiempo en la indivisión, y apoyado en el artículo 145 de la Ley 40 de 1907."

Anacleto Aguirre, por medio de apoderado, contestó la demanda "oponiéndose a la división demandada—dice su apoderado—toda vez que el actor no adquirió nada por medio de la escritura que ha presentado. Y no ha adquirido propiedad alguna, porque no la tenía en el terreno ni en sus mejoras, el señor Jenaro Aguirre, quien se dice vendedor del señor Escobar," y agrega: "el terreno es de la Nación, como que es baldío; y en cuanto a sus mejoras, ya se sabe que ellas son de quien las planta. Jenaro Aguirre no ha plantado jamás en el terreno de que se dice dueño."

Con motivo de esa oposición, como lo dispone el artículo 1297 del Código Judicial, se siguió un juicio ordinario, que el Juez de la causa falló en primera instancia, así:

"1° Ordénase la división, en partes materiales y proporcionales a los derechos de cada comunero, del terreno ubicado en el paraje de **La Esmeralda**, jurisdicción de este Municipio, por los linderos determinados por el demandante José Joaquín Escobar, de acuerdo en un todo con la parte petitoria de su libelo, fechado el veintidós de febrero de mil novecientos veintitrés; y

"2° Actor y opositor nombrarán un partidor dentro del tercer día después de la notificación de esta sentencia, de nó, lo nombrará el suscrito Juez a solicitud de cualquiera de ellos, de conformidad con los artículos 1297 y 1298 del Código Judicial.

"Sin costas."

Por apelación de la parte opositora, subieron los autos al Tribunal Superior de Manizales, y éste, previa la tramitación correspondiente, revocó la sentencia apelada y negó la partición solicitada.

Contra esa sentencia interpuso la parte demandante recurso de casación. La Corte lo admite y procede a fallarlo:

Se alega la causal primera de las que define el artículo 2° de la Ley 169 de 1896; y en su apoyo se aducen veintidós motivos, del tenor siguiente:

Primer motivo. "Para negar la partición solicitada por el demandante, en lo que respecta al terreno cuya propiedad—en común con el demandado, alega aquél,—el Tribunal se funda en que falta la prueba de esa propiedad, desde luégo que, en su concepto, son nulos, de nulidad absoluta, los contratos contenidos en las escrituras aducidas como títulos principales para comprobar el dominio de las partes sobre el terreno en cuestión. Y hace consistir esa nulidad en que, siendo baldío de propiedad de la Nación, tal terreno, su venta es venta de una cosa que está fuera del comercio, y tiene, por consiguiente, 'causa ilícita.'

"Dice así el Tribunal al estudiar los mencionados contratos:

'En la primera escritura, Pascual Aguirre pretendió transferir a título de venta el dominio de un terreno que, por ser baldío, como en ella misma se dice, y lo han reconocido las partes litigantes, pertenece a la Nación. (Artículo 44 del Código Fiscal).'

"El Código Fiscal, cuyo artículo 44 cita el Tribunal, es la Ley 110 de 1912, que empezó a regir el primero de abril de mil novecientos trece. La escritura otorgada por Pascual Aguirre, de que habla el Tribunal, tiene fecha nueve de octubre de mil novecientos once, es decir, muy anterior a la expedición de la Ley 110. No es, pues, esta Ley la aplicable al determinar la calidad y pertenencia de los bienes materia de aquella venta. El Tribunal violó, por consiguiente, por indebida aplicación al caso del pleito, el mencionado artículo 44 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal)."

Se observa:

Este cargo es notoriamente infundado en cuanto pueda referirse al dominio que el demandante cree haber adquirido de Jenaro Aguirre en "la mitad de un lote de terreno o mejoras en baldíos de la Nación," que dicho Aguirre dijo venderle el primero de diciembre de mil novecientos veintidós, por medio de la escritura pública número 1325, otorgada en la Notaría del Circuito de Armenia; y en lo referente a la venta que de ese mismo "lote de terreno baldío" hizo Pascual Aguirre a Francisco y Jenaro Aguirre por la citada escritura número 140, de nueve de octubre de mil novecientos once, el error en que pudo haber incurrido el Tribunal, al aplicar el artículo 44 de la Ley 110 de 1912, no conduce necesariamente a la invalidación del fallo, toda vez que esa venta de terrenos baldíos se llevó a efecto bajo la vigencia del artículo 3° de la Ley 48 de 1882, que consagraba el principio de que "las tierras baldías se reputan bienes de uso público," y por tanto, se vendió una cosa que estaba fuera del comercio, y en ello hubo objeto ilícito. Esto mismo ha de decirse para contestar los cargos que en la demanda de casación están marcados con los números 3°, 10, 11, 12, 13, 21 y 22, en cuanto ellos se refieren a la venta de que trata la escritura número 140 de que aquí se ha hecho mención.

Segundo motivo. "El terreno en cuestión está ubicado —dice el recurrente—en el Municipio de Calarcá. En virtud del artículo 11 de la Ley 36 de 1907, la Nación cedió a dicho Municipio, con el fin de que fuera repartido entre los pobladores del Municipio y sus Corregimientos, un globo de tierras baldías que, como se desprende de los linderos contenidos en esa disposición y de los considerandos de la Resolución de 2 de enero de 1908, dictada por el Ministerio de Obras Públicas en desarrollo de ella, comprendía todos los terrenos baldíos situados dentro de la jurisdicción del Municipio. (**Diario Oficial** número 13168).

"Una vez que la Nación se desprendió de la propiedad de esos terrenos para cederlos al Municipio, dejaron ellos de ser baldíos de aquélla, salieron del patrimonio nacional para entrar a ser propiedad del Municipio cesionario, quien debía repartirlos entre los pobladores, aunque, por otra parte, la Nación se reservara el derecho de reglamentar la manera de hacer las adjudicaciones.

"Es verdad que la Ley 36 de 1907 fue expresamente derogada por el artículo 450 de la Ley 110 de 1912. Pero mientras estuvo en vigencia, los terrenos a que se refiere, cedidos por la Nación al Municipio de Calarcá, habían dejado de ser baldíos de aquélla para entrar al patrimonio de éste.

"No era, pues, baldío, de propiedad de la Nación, el terreno que Pascual Aguirre vendió por medio de la escritura número 140, de nueve de octubre de mil novecientos once. El Tribunal, al sostener lo contrario, haciendo caso omiso del citado artículo 11 de la Ley 36 de 1907, violó esta disposición, por no haberla aplicado al caso del pleito, siendo aplicable."

La Corte estima innecesario entrar a examinar si, a pesar de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 36 de 1907, el terreno de que trata dicho artículo siguió siendo de la Nación, como lo afirma el Tribunal, o si pasó al dominio del Municipio de Calarcá, y, por ende, dejó de ser baldío de la Nación, como lo afirma el recurrente; porque, aun suponiendo erróneo el concepto del Tribunal, ello no traería como consecuencia la infirmación del fallo recurrido, toda vez que Jenaro Aguirre no le vendió al demandante Escobar terreno, sino mejoras en baldíos de la Nación: así lo reza la escritura número 325 arriba citada, en sus distintas cláusulas, en que el vendedor declara que vende "la mitad de un lote de terreno o mejoras en baldíos de la Nación, situados en el punto de La **Esmeralda**, jurisdicción de Calarcá, y alinderado así el terreno que las contiene."

..... "Que la mitad de las mejoras así alinderadas, queda en común y proindiviso con la otra mitad perteneciente al señor Anacleto Aguirre, y que hubieron el vendedor y el señor Francisco Aguirre por compra que de todas las mejoras hicieron al señor Pascual Aguirre...."

"Que no tiene vendida, enajenada ni hipotecada a ninguna otra persona la expresada mitad de mejoras."

"......"

No es, pues, casable la sentencia por este motivo.

Cuarto motivo. "Alega el recurrente que en el año de mil novecientos once (cuando se otorgó la precitada escritura número 140), regía la Ley 56 de 1905, cuyos artículos 1° y 8° transcribe como fundamento de este cargo:

"La primera de las disposiciones transcritas—dice—reconoce al ocupante de tierras baldías derecho de propiedad sobre el terreno. La segunda lo autoriza para enajenar ese derecho. A la luz de estas disposiciones, y haciendo caso omiso, como lo hace el Tribunal, de la Ley 36 de 1907, y de la adjudicación hecha a Pascual Aguirre en mil novecientos ocho, es inexacta la tesis del Tribunal cuando afirma que el terreno a que se refiere la escritura número 140 de nueve de octubre de mil novecientos once, pertenecía a la Nación al tiempo de otorgarse dicha escritura, y era inenajenable a título de venta. El terreno pertenecía al ocupante, y pasó, con los cultivos y mejoras, a ser propiedad de los compradores. El Tribunal, al no entenderlo así, violó, por no haberlos aplicado, siendo aplicables, los artículos 1° y 8° de la Ley 56 de 1905."

A esto se observa: nunca ha reconocido la ley la ocupación como modo de adquirir el dominio de los baldíos, que son propiedad de la Nación; quien ocupa y cultiva esos terrenos adquiere el derecho a que se le haga la adjudicación respectiva, de acuerdo con las prescripciones legales sobre la materia. Así lo establecía el artículo 2° de la Ley 56, invocada por el recurrente, cuyo artículo 9° era de este tenor:

"El título de propiedad de terrenos baldíos adjudicados lo constituye el certificado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, en que conste la adjudicación definitiva, y se halle, además, registrado en la Oficina de Registro a que pertenezca el respectivo Municipio en que están ubicados los terrenos."

Ni siquiera consta en el expediente que Pascual Aguirre hubiera establecido en ese terreno casa de habitación, ni los cultivos que, de acuerdo con lo que establecía el artículo 2° de la misma Ley 56, le daban derecho a solicitar la demarcación y adjudicación respectivas, y bien sabido es que por la simple ocupación sólo se adquiere el dominio de las cosas que carecen de dueño, y que los terrenos baldíos no son **res nullius**. Esto mismo ha de decirse respecto a los motivos 5° y 6°, en cuanto en ellos se hacen valer los mismos conceptos deducidos de los artículos 1° y 8° de la Ley 56 de 1905.

Séptimo motivo. "Se acusa la sentencia porque—dice el recurrente—de acuerdo con el artículo 65 del Código Fiscal citado por el Tribunal 'la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, de acuerdo con lo dispuesto en este Código.'

"Si en conformidad con esta disposición, el cultivador adquiere la propiedad de los baldíos que cultiva, no puede ella citarse como fundamento para sostener que tales baldíos pertenecen a la Nación. Como el Tribunal entendió lo contrario, violó el mencionado artículo 65, por interpretación errónea."

Para contestar este cargo basta copiar lo que reza el artículo 66 del Código Fiscal, que explica el alcance del 65 de la misma obra desautorizando la interpretación que le da el recurrente, pues según este artículo, "la persona establecida en terrenos baldíos, con casa de habitación y cultivos, tales como siembra de cacao, café, caña de azúcar y demás plantaciones permanentes, o empresas de sementeras de trigo, maíz, arroz, etc., **tiene derecho a que se le adjudique** (se subraya) gratuitamente lo cultivado y una parte del terreno adyacente....," derechos que, según el artículo 67 ibídem, tiene también quien ocupa con ganados los expresados terrenos. No es, pues, como lo insinúa el recurrente, que la ocupación y el cultivo confieran ipso facto el dominio de los terrenos baldíos; esos hechos sólo dan derecho a solicitar la adjudicación del terreno cultivado u ocupado con ganado, mediante el lleno de las formalidades detalladas en el ca-

pítulo 4º, Título 4º, libro 1º, del Código Fiscal, y mientras esa adjudicación no se haya efectuado, los tales terrenos pertenecen a la Nación, y son imprescriptibles.

Octavo motivo. El recurrente, después de transcribir algunos conceptos de un expositor francés, y un fragmento de la exposición de motivos del Código Fiscal, con propósito de demostrar que es a la Nación y no a los particulares a quien está prohibido enajenar los baldíos no adjudicados, dice:

"Tratándose, por tanto, de personas particulares, los terrenos baldíos constituyen un comercio lícito. Si dichos particulares se traspasan entre sí, a título de venta la propiedad sobre terrenos baldíos que, en calidad de tales pertenezcan a la Nación, esas ventas valen, porque es válida la venta de cosa ajena. (Artículo 1871 del Código Civil).

"Por otra parte, el artículo 65 del Código Fiscal establece que 'la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación....' ¿Cómo puede adquirirse la propiedad de una cosa que no está en el comercio, siendo así que esa cosa no es susceptible de propiedad privada? La sentencia del Tribunal carece de lógica y es injurídica, porque desconoce las bases del Código Fiscal. Los baldíos pueden ser donados y permutados por el Estado, y son susceptibles de propiedad privada, propiedad que adquieren los particulares por el cultivo de ellos o por su ocupación con ganados, y, a pesar de esto, para el Tribunal son bienes que no están en el comercio.

"Conforme a ese artículo 65 y a los siguientes de la misma obra, el cultivador adquiere la propiedad del terreno baldío por el solo hecho de colonizarlo o cultivarlo, y la resolución que dicte el Ministerio del ramo, en que se haga la adjudicación, tiene el efecto de constituír al solicitante el título traslaticio de dominio, equivalente a la escritura pública correspondiente. Y si es un verdadero derecho de propiedad el que adquiere un individuo por el hecho de cultivar o colonizar un terreno en baldíos, puede él enajenar ese derecho, que versa sobre un objeto lícito, y la enajenación es válida siempre que se haga de acuerdo con las prescripciones legales. 'Pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley,' estatuye el artículo 1866 del Código Civil, en consonancia con el 1518 ibídem.

"De todo lo expuesto en este aparte se desprende que el Tribunal violó, por interpretación errónea, los artículos 60, 61 y 65 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912)."

Es indiscutible que el particular que vende un terreno baldío que no le ha sido adjudicado por la Nación, vende cosa que no le pertenece, vende cosa ajena; pero asimismo es incuestionable que tal venta no vale contra la Nación, cuyos derechos no se extinguen por lapso alguno de tiempo, según lo establecido en el artículo 61 del Código Fiscal.

Del hecho de que "los baldíos pueden ser donados y permutados por el Estado," no se sigue que también pueden ser vendidos, donados y permutados por los particulares, sin que la Nación se haya desprendido de su dominio; pues resulta inaceptable la tesis del recurrente, de que la calidad de inalienables a título de venta que tienen los terrenos baldíos por disposición del artículo 60 del Código citado, se refiere únicamente a la Nación y no a los particulares, que válidamente pueden disponer de ellos, enajenándolos a título de venta.

Los terrenos baldíos, por la especial destinación que como tales tienen, detallada en el artículo 46 del Código Fiscal, son bienes que están fuera del comercio, como bien lo dice el Tribunal sentenciador, y es nula, por consiguiente, toda enajenación que de ellos se haga a título de venta.

Como los motivos 9º, 10, 11, 13 y 22 tienen por base las mismas razones de que es válida la venta de los terrenos baldíos hecha por meros ocupantes o cultivadores a quienes la Nación no se los ha adjudicado, lo anteriormente expuesto sirve de contestación a estos cargos.

Motivo décimocuarto. "Celebrado un contrato de venta entre particulares sobre un terreno que a título de baldío o por cualquier otro título pertenezca a la Nación —dice en este cargo el recurrente—puede afirmarse que hubo venta de cosa ajena; en ningún caso que el contrato sea nulo por tener objeto ilícito, o causa ilícita, como dice el Tribunal. Y de acuerdo con el artículo 1871 del Código Civil, la venta de cosa ajena vale, sin perjuicios de los derechos del dueño de la cosa vendida. Si el Tribunal consideraba de propiedad de la Nación el terreno a que se refieren las escrituras números 140 y 195 ya citadas, era el caso de aplicar el artículo 1871, y habría llegado a la conclusión de que las ventas contenidas en esas escrituras eran válidas, sin perjuicio de los derechos de la Nación. Como el Tribunal no tuvo en cuenta aquella disposición, incurrió en error de derecho en la apreciación de dichas escrituras, y violó, por no haberlo aplicado, el artículo 1871 del Código Civil."

Para desechar este cargo, basta considerar que él se refiere a las escrituras números 140 y 195 arriba citadas: que la primera de ellas, como ya se ha visto, se otorgó bajo la vigencia del artículo 36 de la Ley 48 de 1882, que expresamente mantuvo el principio de que "las tierras baldías se reputan bienes de uso público," esto es, que sobre tales tierras no pueden celebrar los particulares ninguna clase de contratos; y que, en cuanto a la segunda, el cargo es inepto, toda vez que esa escritura sólo trata de la venta hecha por Francisco Aguirre al opositor Anacleto Aguirre, del terreno que éste ocupa con sus cultivos.

Motivos décimoquinto, décimonoveno y vigésimo. Se acusa la sentencia por error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas; pues "el Tribunal—dice el recurrente—niega al demandante su derecho de dominio sobre las mejoras en común con el demandado."

En el motivo vigésimo continúa así:

"Para llegar a esta conclusión, el Tribunal analiza de entre las pruebas aducidas por las partes, unas declaraciones de testigos, presentados unos por el demandante y otros por el demandado, testigos que declaran sobre quien plantó las mejoras establecidas en el terreno. Y dice que como tales declaraciones están al respecto en abierta contradicción, y como los testigos no están abonados, por lo cual hay que presumirlos igualmente honorables, y como todos fundan sus dichos en sus propias y directas percepciones, hay que estarse al mayor número, o sea a los traídos por la parte demandada, de acuerdo con la norma que establece el artículo 75 de la Ley 105 de 1890."

"Las declaraciones de testigos estudiadas por el Tribunal, no eran las únicas pruebas que figuraban en el proceso para establecer la propiedad del demandante sobre las mejoras dichas: existían, además, las escrituras públicas presentadas con la demanda, en las cuales se encuentran estas declaraciones: que dicho terreno fue me-

jorado por el vendedor y los compradores." (Escritura número 140, por la cual Pascual Aguirre vendió a Francisco y Jenaro del mismo apellido);

"Que dicho lote de terreno queda en común y proindiviso con la otra mitad que pertence al señor Jenaro Aguirre; pues lo que vende el exponente es sólo la mitad del terreno arriba alinderado; que lo que vende lo hubo por compra que con el señor Jenaro Aguirre hicieron al señor Pascual Aguirre, según escritura número 140, otorgada en esta Notaría, el día nueve de octubre de mil novecientos once." (Escritura número 195, por la cual Francisco Aguirre vendió a Anacleto Aguirre);

"Que la mitad de las mejoras así alinderadas quedan en común y proindiviso con la otra mitad perteneciente al señor Anacleto Aguirre, y que hubieron el vendedor y el señor Francisco Aguirre por compra que de toda la mejora hicieron al señor Pascual Aguirre, según escritura número 140....." (Escritura número 1325, por la cual vendió Jenaro Aguirre a José J. Escobar).

En el motivo décimonoveno argumenta así:

"Siendo válidos los contratos consignados en las mencionadas escrituras, en lo que a las mejoras se refieren, ha debido el Tribunal dar a tales escrituras la fuerza probatoria que les reconoce la ley, con lo cual habría llegado a conclusiones muy diferentes de las que contiene el fallo. En efecto: de acuerdo con el artículo 1759 del Código Civil, el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y respecto de los otorgantes y sucesores, en cuanto a las declaraciones que contenga. Según el artículo 1765 ibídem, la prueba del instrumento se refiere aun a lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato. De acuerdo con el artículo 681 del Código Judicial, las escrituras públicas siempre hacen plena prueba acerca de su contenido.

"Según las declaraciones contenidas en las escrituras números 140, 195 y 1325 mencionadas, las mejoras existentes en el terreno pertenecen, como ya se vio, en común, por partes iguales, al demandante y al demandado. El Tribunal, al no admitirlo así, incurrió en error de derecho en la apreciación de esas escrituras, y violó directamente los artículos 1759, 1765 y 681 citados."

En el motivo vigésimo dice:

"En la escritura número 195 de cuatro de junio de mil novecientos diez y siete, se encuentran las declaraciones transcritas atrás (aparte décimoquinto), que constituyen un reconocimiento hecho por Francisco y Anacleto Aguirre en ese instrumento, que constituye el título de éste, de los derechos de Jenaro en el terreno y en las mejoras. Anacleto sólo adquirió por la compra que se hizo constar en ese instrumento, la mitad de una comunidad, que era lo que Francisco tenía, y aceptó como comunero, dueño de la otra mitad, a Jenaro."

La Corte observa que, efectivamente, de las declaraciones contenidas en la escritura número 140, de nueve de octubre de mil novecientos once, citada por el recurrente, resultan estos tres hechos, respecto de los cuales hace plena fe contra sus otorgantes Pascual, Francisco y Jenaro Aguirre, a saber: que en el terreno vendido por medio de ese instrumento había algunas mejoras; que esas mejoras fueron hechas por el vendedor y por los dos compradores; y que éstos adquirieron de aquél, por iguales partes, la porción de esas mejoras que a él correspondían. Esas declaraciones prueban igualmente contra Anacleto Aguirre, como causabiente del otorgante Francisco Aguirre.

Por consiguiente, al decir el Tribunal, fundándose únicamente en la prueba testimonial que de ambas partes se hizo valer, y en que es mayor el número de testigos que deponen a favor del demandado, que "hay que aceptar que las mejoras las adquirieron a título de cultivadores o colonos los citados Aguirres, Francisco y Anacleto; que Jenaro, del mismo apellido, no pudo transferir al demandante derecho de dominio sobre ellas, y que como éste no ha demostrado ser dueño proindiviso del inmueble cuya división se pide, el pleito debe desatarse en su contra," incurrió en el error de hecho que acusa el recurrente, por no haber apreciado la mencionada escritura número 195, de cuatro de junio de mil novecientos diez y siete, circunstancia que hace casable la sentencia en lo referente a las mejoras; pues si el Tribunal hubiera apreciado esa escritura en relación con la número 140, de nueve de octubre de mil novecientos once, arriba citada, dándole a las declaraciones que ellas contienen a este respecto todo el valor probatorio que les asignan las disposiciones sustantivas invocadas por el recurrente, habría llegado a la conclusión de que Jenaro Aguirre adquirió de Pascual Aguirre la mitad de los cultivos o mejoras que a éste pertenecían en la fecha del otorgamiento de la escritura últimamente mencionada.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar resuelve:

No hay lugar a decretar la división del terreno ubicado en el paraje de **La Esmeralda**, en el Municipio de Calarcá, comprendido dentro de los linderos expresados en la demanda; pero sí se decreta la división de las mejoras que en dicho terreno hizo Pascual Aguirre, y que fueron transferidas por éste a Jenaro y Francisco Aguirre por medio de la escritura pública número 140, otorgada en la Notaría del Circuito de Calarcá el nueve de octubre de mil novecientos once. El señor Juez proveerá lo conducente al adelantamiento del juicio divisorio.

Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Ante la Notaría 4ª de Bogotá, el señor Julio Valenzuela de la Serna, por escritura pública número 1302, de quince de diciembre de mil novecientos once, otorgó su memoria testamentaria, en la cual, después de expresar que de los nueve hijos que había tenido en su matrimonio, sólo existían en esa fecha Justino, casado con la señora María Luisa Santamaría; María Elena, casada con Luis Montoya Santamaría; Hernando, casado con la señora Ana María Barriga Páez, y Carlos, casado con la señora Elena Nieto y Carrizosa, en la cláusula cuarta dijo:

"Instituyo por mis únicos y universales herederos a mi esposa y a mis cuatro hijos citados, para que me sucedan

en todos mis bienes, derechos y obligaciones transmisibles. Ellos conocen una relación que les he dado y que han firmado. El apunte de esos bienes que poseo, que ellos conocen, y el estado de mis negocios, constan en mis libros."

En la cláusula quinta dispuso:

"Nombro por mis albaceas, con la tenencia de mis bienes y derechos que existan, a mi esposa citada, a mi hijo Justino, a mi hijo Hernando y a mi yerno Luis Montoya Santamaría, para que ejerzan el cargo conjuntamente, o si alguno faltare, lo ejerzan los que queden, sea cualquiera su número, lo mismo cuando haya imposibilidad absoluta de la concurrencia personal o de alguno de ellos para ejercer el cargo (no he nombrado a mi hijo Carlos, por hallarse ausente, mas si viniere en tiempo oportuno, quedará también investido del cargo, y podrá ejercerlo como los nombrados antes)."

Posteriormente, el mismo testador, una vez muerta su esposa, señora Elena Carrizosa Pardo de Valenzuela, y muerto su hijo Justino, otorgó ante el mismo Notario 4°, por medio de la escritura 620, de diez y siete de mayo de mil novecientos diez y nueve, un nuevo testamento, que llamó codicilo, por el cual ratifica las declaraciones hechas en el anterior testamento, y hace, además, la distribución de sus bienes.

De este segundo acto testamentario, conviene transcribir lo siguiente:

"Habiendo muerto mi esposa Elena, como antes digo, no intenté la sucesión, pues aunque de ella recibí treinta y cuatro mil veintiún pesos ($ 34,021) en papel moneda, pues en dinero sólo había mil sesiscientos pesos ($ 1,600), yo dispuse de todo lo que a ella correspondió; pues mis cuatro herederos, que son Hernando, María Elena, Carlos y María Luisa (por Justino), son hoy exactamente los únicos herederos de mi esposa Elena. El lote de **El Trique**, que era de **Ricatama**, y tiene una superficie de sesenta y un tercios fanegadas (61 1|3 fanegadas), que fue avaluado en nueve mil novecientos setenta y cinco pesos ($ 9,975) desde que lo recibió Elena, fue agregado a mi hacienda de **Bosatama**, y, por consiguiente, su valor hace parte en la división de la hacienda en cuatro lotes, de igual valor, para mis cuatro herederos, que son los únicos herederos de mi esposa. Todas las otras fincas raíces que yo poseía, inclusive la hacienda de **Palacio del Salitre**, en jurisdicción de Guasca, que heredé de mi padre el señor Justino Valenzuela y se me adjudicó en más de cincuenta mil pesos ($ 50,000), la cual vendí, y su valor lo invertí luégo en mi hacienda de **Bosatama**, que compré al señor Nicolás Leiva en mil ochocientos setenta, de la cual, una parte, cuando todo era pantano, se llamaba **Rincón de San José** y otra **Bosatama**, la que he dividido en cuatro lotes iguales, que están en los dos planos ya citados, rodeado el prímetro de cada uno con diferente color. Para que no haya necesidad de consultar mis libros para conocer las sumas que he dado a cada uno de mis hijos, y se les cuente (sic) en sus respectivas legítimas, pues no quiero que se hagan cuentas consultando libros, y solamente para equilibrar el valor de las cantidades que han recibido, daré, como legado especial, los valores necesarios a cada uno de mis herederos, para igualar la suma del que haya recibido más. Según esto, como a Hernando he dado hasta veintiocho mil pesos ($ 28,000) oro, y a María Elena solamente cuatro mil seiscientos pesos ($ 4,600) oro, le lego mi casa de habitación, amueblada, de la carrera sexta de esta ciudad, número trescientos diez y seis (316) y sus dependencias, los locales números trescientos catorce (314) y trescientos diez y ocho (318) por la suma de veintitrés mil cuatrocientos pesos ($ 23,400) oro, que ha recibido de menos; a María Luisa y sus cuatro hijos, que representan la familia de Justino, y que no han recibido sino solamente ocho mil pesos ($ 8,000) oro, incluídos dos mil pesos ($ 2,000) oro que le tengo, por los cuales les pago intereses, y que se les entregarán aparte de los veinte mil pesos ($ 20,000) oro que le hacen falta, para veintiocho mil pesos ($ 28,000) oro, los cuales veinte mil pesos ($ 20,000) oro se los lego en la parte que poseo en **Santa Elena**, que aprecio en cuarenta mil pesos ($ 40,000) oro; y a mi hijo Carlos, que de las sumas que ha recibido o pueda recibir de mí después, no le hago cuenta sino de quince mil pesos ($ 15,000) oro, le lego especialmente trece mil pesos ($ 13,000) oro, en la parte que tengo en **Santa Elena**, para completarle los veintiocho mil pesos ($ 28,000)."

En seis de septiembre de mil novecientos veintitrés, cursando ya el juicio de sucesión de don Julio Valenzuela, el señor Carlos Valenzuela Carrizosa, por medio de apoderado, presentó al Juez 6° de este Circuito el escrito o libelo de demanda para que, "mediante la tramitación de un juicio ordinario de mayor cuantía, y con audiencia de los señores Hernando de Valenzuela, varón, mayor de edad, María Elena Valenzuela de Montoya, mujer casada con el señor Luis Montoya Santamaría; María Luisa Santamaría de Valenzuela, viuda del señor Justino Valenzuela, en su propio nombre y en el de los menores Cecilia y Elena Valenzuela Santamaría, representadas por su madre, la señora María Luisa Santamaría de Valenzuela, Luis Enrique Valenzuela, mayor de edad, y Lucía Valenzuela S., mujer soltera y mayor de edad, vecinos todos los nombrados de esta ciudad, de donde son naturales, en su calidad de herederos del señor Julio Valenzuela de la Serna, que con audiencia, pues, de ellos, se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª Que es nula la distribución de bienes que el expresado señor Julio Valenzuela de la Serna pretendió hacer en los relacionados testamentos, entre sus herederos, de la hacienda de **Bosatama**.

"2ª Que es igualmente nula la disposición del mismo testamento, en la parte en que dispuso hacer varios legados a sus herederos, para igualar a todos sus hijos, computando las cantidades que el testador dijo haber entregado en vida a Hernando Valenzuela, señora Santamaría de Valenzuela y sus hijos, en representación de su hijo señor Justino Valenzuela, señora María Elena Valenzuela de Montoya y señor Carlos Valenzuela Carrizosa."

Son hechos de la demanda:

"1° El señor Julio Valenzuela de la Serna otorgó testamento por medio de los instrumentos públicos números 1302 y 620, de quince de diciembre de mil novecientos once y diez y siete de mayo de mil novecientos diez y nueve, respectivamente, pasados ambos en la Notaría 4ª de esta ciudad.

"2° El señor Valenzuela comprendió en su testamento, además de sus bienes propios, los de su esposa, señora doña Elena Carrizosa de Valenzuela.

"3° El testador, señor Valenzuela, falleció en esta ciudad el diez y seis de julio de mil novecientos veintiuno.

"4° El mismo testador hizo las asignaciones acusadas, a título de legado, sobre la base errónea de que sus hijos Hernando y Carlos habían ya recibido a buena cuenta, veintiocho mil y quince mil pesos oro, respectivamente.

"5º Los expresados herederos don Hernando y don Carlos no habían recibido de su padre en forma imputable a su herencia, las cantidades expresadas en el numeral anterior.

"6º El juicio mortuorio del señor Julio Valenzuela se adelanta en el Juzgado de usted."

"Como fundamento de derecho—dice el demandante—que el testador no podía disponer en el testamento de los bienes propios de su esposa, ni de la mitad de gananciales que a ella pudieran corresponder; y que, para la asignación de legados a sus herederos, el mismo testador partió del supuesto erróneo de haber recibido: el heredero señor Hernando Valenzuela, un anticipo, por su legítima, de veintiocho mil pesos ($ 28,000), y su hijo el señor Carlos Valenzuela, quince mil pesos ($ 15,000), y en lo dispuesto por los artículos 1055, 1058 1117, 1127 y 1256 y sus concordantes del Código Civil."

Corrido el traslado de la demanda a los demandados, uno de éstos, el señor Hernando Valenzuela, convino en los hechos y en el derecho invocados por el demandante, coadyuvó a la acción instaurada por éste, y pidió que se fallara de conformidad con lo pedido.

Los demás demandados se opusieron a que se hicieran las declaraciones pedidas, aceptando como ciertos los hechos marcados con los números 1º, 3º y 6º, y negando todos los demás.

Por algunos de los demandados se propusieron las excepciones de petición antes de tiempo o de un modo indebido, falta de interés en la acción instaurada y falta de personería sustantiva en el actor.

Tramitándose este juicio, don Luis Montoya Santamaría, marido de doña Elena Valenzuela de Montoya, en escrito de veintidós de enero de mil novecientos veinticuatro, dirigido al señor Juez 6º del Circuito, expuso:

"En tal virtud, y haciendo uso de la representación legal de mi esposa, la señora María Elena Valenzuela de Montoya, demando a los demás herederos del señor Julio Valenzuela, cuyos nombres y demás indicaciones de ley expresaré adelante, para que, con audiencia de ellos, y por medio de sentencia definitiva pronunciada en juicio ordinario, se sirva usted hacer las siguientes declaraciones:

"1ª Que el señor Julio Valenzuela, por medio del testamento abierto, que otorgó el diez y siete de mayo de mil novecientos diez y nueve (1919) ante el Notario 4º de este Circuito, bajo el número seiscientos veinte (620), legó a mi esposa, la señora María Elena Valenzuela de Montoya, la propiedad íntegra de la casa de habitación amueblada, que tenía el testador en la carrera 6ª de esta ciudad, número trescientos diez y seis (316), con sus dependencias, los locales números trescientos diez y ocho y trescientos catorce (318-314) de la misma carrera, y no tan solo una cuota de la misma casa amueblada y sus dependencias.

"2ª Que el pasaje del testamento del señor Julio Valenzuela, contenido en la escritura pública que se cita en el número precedente, pasaje que dice así:

'Según esto, como a Hernando he dado hasta veintiocho mil pesos ($ 28,000) oro, y a María Elena solamente cuatro mil seiscientos pesos oro, **le lego mi casa de habitación, amueblada, de la carrera sexta de esta ciudad, número trescientos diez y seis (316), y sus dependencias, los locales números trescientos catorce y trescientos diez y ocho (314-318)**, por la suma de veintitrés mil cuatrocientos pesos oro ($ 23,400), que ha recibido de menos,' debe entenderse en el sentido de que el legado que allí le hace el testador a la señora María Elena Valenzuela de Montoya, comprende la totalidad de la casa amueblada y sus dependencias, de que el mismo pasaje habla, y no una parte solamente de dicho inmueble, proporcional a la cantidad en que el testador estimó el valor de tal inmueble.

"3ª Que los demás herederos del señor Julio Valenzuela y de la señora Elena Carrizosa Pardo de Valenzuela, no tienen ningún derecho a que se les adjudique parte alguna de la casa amueblada de la carrera sexta y sus locales, de que se habla en los dos precedentes numerales, porque según la voluntad del testador, señor Julio Valenzuela, la totalidad de dicho inmueble y sus dependencias debe serle adjudicado exclusivamente a la heredera María Elena Valenzuela de Montoya.

"4ª Que si la asignación de la referida casa de la carrera sexta y sus locales, no cupiere dentro de la legítima de la heredera señora María Elena Valenzuela de Montoya, el exceso debe imputarse, a favor de la misma heredera, en la cuarta de mejoras; y si el referido exceso tampoco cupiere en esta cuarta, lo que falta debe adjudicársele a la misma heredera, imputándole a la cuarta de libre disposición."

"Dirijo la presente demanda contra las siguientes personas: señores Hernando Valenzuela y Carlos de Valenzuela C., señora María Luisa Santamaría de Valenzuela, cónyuge sobreviviente del señor Justino Valenzuela; señor Luis Enrique Valenzuela, y señoritas Lucía Valenzuela Santamaría, Cecilia Valenzuela Santamaría y Elena Valenzuela Santamaría. Todas las personas nombradas, a excepción de las dos últimas, son mayores de de edad y capaces para comparecer en juicio, y todas son vecinas de esta ciudad. Las dos menores de edad, o sean las señoritas Cecilia y Elena Valenzuela Santamaría, están bajo la patria potestad de su legítima madre, la señora María Luisa Santamaría de Valenzuela, por fallecimiento del padre de dichas menores, por lo cual esta demanda la dirijo contra la señora que acabo de nombrar, en su propio nombre y como representante legal de las mencionadas menores. Además, todas las personas demandadas son herederas del señor Julio Valenzuela, instituídas en su testamento, y todas, asimismo, con excepción de la señora Santamaría de Valenzuela, son también herederas abintestato de la señora Elena Carrizosa Pardo de Valenzuela."

Fúndase la demanda en los siguientes hechos:

"1º El señor Julio Valenzuela otorgó testamento abierto en la Notaría cuarta (4ª) de Bogotá, por medio del instrumento público número 1302, de quince de diciembre de mil novecientos once, y más tarde, el diez y siete de mayo de mil novecientos diez y nueve (1919), otorgó un segundo testamento, que llamó codicilo, bajo el número 620, en la misma Notaría 4ª de Bogotá.

"2º En el testamento últimamente referido, o sea el que el señor Valenzuela llamó codicilo, el testador consignó una disposición que a la letra dice: 'para que no haya necesidad de consultar mis libros para conocer las sumas que he dado a cada uno de mis hijos, y se les cuente en sus respectivas legítimas, pues no quiero que se hagan cuentas consultando libros, y solamente para equilibrar el valor de las cantidades que han recibido, daré como legado especial los valores necesarios a cada uno de mis herederos, para igualar la suma del que haya recibido más. Según esto, como a Hernando he dado hasta veintiocho mil pesos oro ($ 28,000) y a María Elena sola-

mente cuatro mil seiscientos pesos oro ($ 4,600), **le lego mi casa de habitación, amueblada, de la carrera sexta de esta ciudad, número trescientos diez y seis (316) y sus dependencias, los locales números trescientos catorce y trescientos diez y ocho (314-318), por la suma de veintitrés mil cuatrocientos pesos oro, que ha recibido de menos.'**

"3º El señor Julio Valenzuela, en su referido testamento, designó como herederos a sus hijos Carlos y Hernando Valenzuela, a mi esposa la señora María Elena Valenzuela de Montoya y a la viuda e hijos del señor Justino Valenzuela, o sea la señora María Luisa Santamaría de Valenzuela y la señorita Lucía Valenzuela, el señor Luis Enrique Valenzuela, y las menores Cecilia y Elena Valenzuela.

"4º Las mismas personas instituídas como herederas por el señor Julio Valenzuela, y mencionadas en el numeral precedente, son también herederas de la señora Elena Carrizosa Pardo de Valenzuela, con excepción de la señora María Luisa Santamaría de Valenzuela.

"5º El señor Julio Valenzuela falleció en esta ciudad el día diez y seis de julio de mil novecientos veintiuno.

"6º En el Juzgado a cargo de usted cursa el juicio de sucesión del mencionado señor Valenzuela y de la señora esposa de éste, doña Elena Carrizosa Pardo de Valenzuela.

"7º En dicho juicio fue inventariada la casa número trescientos diez y seis (316) de la cerrera sexta de esta ciudad, con sus locales y muebles, y avaluada en cantidad mayor de aquella en que fue tal finca estimada por el señor Julio Valenzuela en su testamento.

"8º El señor Justino Valenzuela fue casado con la señora María Luisa Santamaría de Valenzuela; de este matrimonio nacieron Lucía, Luis Enrique, Cecilia y Elena Valenzuela; y su referido padre, el señor Justino Valenzuela, falleció en esta ciudad el cinco de mayo de mil novecientos trece."

Como fundamentos de derecho cita las disposiciones de los artículos 1256, 1251 y 1252 del Código Civil.

Corridos los traslados de la anterior demanda, todos los demandados convienen en los hechos invocados, pero se oponen a que se hagan las declaraciones solicitadas.

A petición del apoderado de don Carlos Valenzuela, el Juzgado, en auto de fecha tres de mayo de mil novecientos veinticuatro, decretó la acumulación de los dos juicios que vienen expresados, iniciados por los mencionados señores Valenzuela y Montoya Santamaría. Siguiéronse, pues, dichos dos juicios bajo una misma cuerda, y fueron decididos por sentencia de fecha siete de febrero de mil novecientos veinticinco, cuya parte resolutiva es de este tenor:

"En mérito de lo expuesto, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

"resuelve:

"1º No se hace la declaración pedida en el punto primero petitorio de la demanda del señor Carlos Valenzuela.

"2º Es nula la disposición del testamento del señor Julio Valenzuela de la Serna, otorgado el diez y siete (17) de mayo de mil novecientos diez y nueve (1919) en la Notaría cuarta (4ª) de esta ciudad, en la parte en que dispuso hacer varios legados a sus herederos para igualar a todos sus hijos, computando las cantidades que el testador dijo haber entregado en vida a Hernando Valenzuela, a la señora María Luisa Santamaría de Valenzuela e hijos, en representación del señor Justino Valenzuela, a la señora María Elena Valenzuela de Montoya y al señor Carlos Valenzuela Carrizosa.

"3º No se hace ninguna de las declaraciones pedidas por el señor Luis Montoya S., en su demanda presentada el veinticuatro de enero de mil novecientos veinticuatro (1924). En consecuencia, quedan absueltos los demandados de los cargos de dicha demanda.

"4º No se hace condenación en costas."

Para ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, apelaron de la anterior sentencia tanto los demandantes como los demandados, y surtida la tramitación de rigor, el Tribunal, en sentencia de veinticuatro de julio de mil novecientos veintiocho, sentenció así:

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia proferida por el señor Juez 6º de este Circuito, con fecha siete de febrero de mil novecientos veinticinco, que ha sido materia del presente recurso de apelación, y la adiciona en el sentido de declarar que no está probada la excepción perentoria de carencia de personería sustantiva en el actor, propuesta por el apoderado de la demandada, señora María Elena Valenzuela de Montoya, al contestar la demanda.

"No hay lugar a condenación en costas."

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron recurso de casación los doctores Rafael Ruiz Manrique, como apoderado de doña María Luisa Santamaría de Valenzuela y de sus cuatro hijos, Luis Enrique, Luisa, Elena y Cecilia Valenzuela Santamaría; Emilio Ferrero, como apoderado de don Luis Montoya Santamaría, y Pedro Posse Camargo, como apoderado de don Carlos de Valenzuela.

Concedido el recurso por el Tribunal, vinieron los autos a esta Superioridad, y aquí se le ha dado a tal recurso la tramitación correspondiente.

Es admisible el recurso por ajustarse a los requisitos legales.

Se dijo atrás que tanto los demandantes como los demandados son recurrentes; y como ha llegado el momento de dictar sentencia, se procede a ello, mediante las consideraciones que van en seguida:

"Alego contra el fallo en referencia—dice el apoderado del demandante Carlos Valenzuela—la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, por violación de ley sustantiva, por causa de error de derecho en que incidió el Tribunal sentenciador, según pretende demostrarlo en el curso de este alegato, y termina así:

"Acuso, pues, el fallo en estudio de error de derecho en sus fundamentos, y mediante raciocinios equivocados llegó a quebrantar las bases del derecho de herencia y de la sucesión testamentaria, con violación de los artículos 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1037 y 1055 del Código Civil; quebrantó también, por mala interpretación y aplicación indebida, los artículos 1165, 1167 y 1174 de la propia obra."

Los motivos de esa acusación los expone así el recurrente:

"De la lectura atenta del testamento—codicilo del señor Julio de Valenzuela—se desprende que éste, teniendo en cuenta que su esposa había muerto, y que eran unos mismos los herederos de ambos, como sus legítimos des-

cendientes comunes, estimó que podía disponer libremente del conjunto patrimonial.

"En realidad, el señor Valenzuela, dado el hecho de haber fallecido su esposa abintestato, se creyó autorizado para entrar a disponer de los bienes de la sucesión intestada de ella, y sobre esta base dictó su testamento-codicilo.

"Se trata, pues, de un error fundamental en que estaba el causante señor de Valenzuela, mediante el cual ejercitó la facultad o función de regular por su acusado testamento, la sucesión intestada de su esposa.

"Ahora bien: el error es motivo de nulidad, porque afecta o vicia el consentimiento, ya se trate de un error de hecho o de derecho. Quitado o desvanecido el error que determina la voluntad en cierto sentido, ésta o no se habría determinado o se habría movido en sentido distinto.

"Como hablo a la Corte de Casación no tengo que entrar en disquisiciones filosóficas para probar esta tesis, que basta enunciarla como un postulado."

Para rechazar este cargo basta leer la cláusula del testamento a que él se refiere, señalada por el recurrente al comienzo de su alegato, que es como sigue:

"Habiendo muerto mi esposa Elena, como antes digo, no intenté su sucesión, pues aunque de ella recibí $ 34,921, en papel moneda, pues en dinero sólo había $ 1,600, yo dispuse de todo lo que a ella correspondió; pues mis cuatro herederos que son Hernando, María Elena, Carlos y María Luisa (por Justino), son hoy exactamente los únicos herederos de mi esposa Elena. El lote de **El Trique**, que era de **Ricatama**....., fue agregado a mi hacienda de **Bosatama**, y, por consiguiente su valor hace parte en la división de la hacienda en cuatro lotes de igual valor, para mis cuatro herederos, que son hoy los únicos herederos de mi esposa."

La primera parte de esa cláusula, que se refiere al dinero que recibió de su esposa, y del cual dice que dispuso en su totalidad, como bien pudo hacerlo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1781, ordinal 3°, y 1806 del Código Civil, es una simple declaración, no una disposición testamentaria; mas no puede decirse lo mismo de la segunda parte, que se refiere al lote de **El Trique**, que el testador incorporó a su hacienda de **Bosatama**, pues ella sí contiene una disposición testamentaria, en cuanto distribuye dicho lote entre sus herederos. Es evidente que tratándose de un inmueble, adquirido por la mujer por herencia de su padre, ese bien no entró al haber de la sociedad conyugal, sino que siguió perteneciendo a doña Elena Carrizosa de Valenzuela, y, muerta ella, a su sucesión; pero como sólo se trata de una cosa singular, de una especie o cuerpo cierto y no de la universalidad de la herencia de esa señora, que es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que a ella pertenecía al tiempo de su muerte, no puede decirse, porque ello no resulta del testamento, que don Julio Valenzuela de la Serna reguló por medio de su testamento la sucesión intestada de su esposa, distribuyendo entre sus herederos la herencia de ella.

La Corte declara infundado el cargo que se estudia, en el concepto en que hasta aquí se ha considerado, y pasa a examinar, los demás reparos de la demanda de casación.

A este respecto dice la sentencia recurrida:

"Para la Sala en cuestión no da lugar a duda que la circunstancia de disponer en un testamento de bienes propios o ajenos, no pertenece a la esencia del mismo; ni es requisito indispensable para su validez, el que los bienes de que se disponga por acto testamentario sean de la exclusiva propiedad del testador. Y a esta conclusión se llega, bien si se considera que ninguna disposición positiva establece la nulidad del acto testamentario por esta causa, ya porque las disposiciones que determinan los requisitos que debe llenar todo acto testamentario para su validez, no indican éste (capítulo 1, Título 3, libro 3, Código Civil), o bien porque el mismo legislador le da valor en ciertos casos a las cláusulas testamentarias, en que expresamente se haya dispuesto de bienes ajenos, cuando esta disposición se hace en favor de ciertas personas.

"Pero se dirá que el artículo 1165 del Código Civil prevé el caso de que el legado de especie que no es del testador o del asignatario a quien se impone la obligación de darla es nulo. Si esto es evidente, porque así lo estatuye la disposición citada, no lo es menos que ella contiene dos excepciones, que conjuntamente se encuentran en el caso del testamento del señor Julio Valenzuela de la Serna. Así dice la disposición citada:

'El legado de especie que no es del testador, o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, es nulo; a menos que en el testamento aparezca que el testador sabía que la cosa no era suya o del dicho asignatario; o a menos de legarse la cosa ajena a un descendiente o ascendiente legítimo del testador, o a su cónyuge; pues en estos casos se procederá como en el del inciso 1° del artículo precedente.'

"Estos dos casos de excepción ocurren exactamente en el caso del testamento del señor Julio Valenzuela, ya que el testador expresa claramente en su testamento haber agregado a su hacienda de **Bosatama** un lote de terreno que recibió por razón de herencia de su esposa, e incluir dicho lote en la partición materia de su testamento, de diez y siete de mayo de mil novecientos diez y nueve; y toda vez que las asignaciones todas han recaído únicamente sobre los descendientes legítimos del testador.

"Ahora, del contexto de la primera parte de la disposición transcrita, no se desprende que sea nula la cláusula de un testamento en que se dispone de cosa ajena, sino únicamente lo afecto de nulidad es el legado que se constituye a favor de un tercero, cuando la cosa legada no es del testador o de la persona obligada a darla; por manera que si en aquella misma cláusula se contienen otras disposiciones testamentarias, éstas tendrán todo su valor legal, y su existencia no podrá impugnarse en ninguna forma. Así, aplicando el caso a la cláusula del testamento que se estudia, y suponiendo que la adjudicación no se hubiese hecho a descendientes legítimos, y que el testador hubiese sabido que disponía de cosa ajena, ¿sería por este hecho nula en su totalidad la cláusula del testamento que es materia de este estudio? En manera alguna. Y esta afirmación se funda en dos razones: si la porción de que se dispuso en el testamento como perteneciente a distinta persona del testador, fue únicamente el lote agregado a la hacienda de **Bosatama** por don Julio Valenzuela, siendo de propiedad de su esposa, al heredero, en cuya porción hubiere cabido tal lote, le cabe, no la acción de nulidad de su adjudicación, sino la que establecen los artículos 1164 y 1402 del Código Civil. Y sí sostiene, como lo hace el actor, que todos los bienes de que se dispuso por la mentada cláusula pertenecían a persona distinta del testador, porque el resto de la hacienda de **Bosatama** era bien de la sociedad ilíquida Va-

lenzuela-Carrizosa, cabe entonces aplicar el artículo 1799 del Código Civil, en cuanto prevé el caso de que 'si el marido o la mujer dispone, por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad, el asignatario de dicha especie podrá perseguirla sobre la sucesión del testador, siempre que la especie, en la división de los gananciales, se haya adjudicado a los herederos del testador; pero en caso contrario, sólo tendrá derecho para perseguir su precio sobre la sucesión del testador.'

"La tacha de nulidad del testamento de don Julio Valenzuela, por el aspecto que se estudia, no es, pues, admisible.

A este razonamiento del Tribunal, arguye el recurrente:

"Se objeta que el error de derecho no vicia el consentimiento, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y que en el supuesto que se contempla, se trata precisamente de un punto de derecho; se agrega, además, que la ley, en los artículos 1164 y 1165 del Código Civil, estudia el caso del legado de cosa ajena, por ignorancia del testador, y, sin embargo, resuelve que la asignación vale si es hecha en favor de un descendiente, lo que sucede en el caso que se está discutiendo.

"Estas argumentaciones no vienen al caso, por una parte; aquí no se trata de materia contractual, respecto de la cual la ley ha establecido la ficción contraria a la realidad, de que el error de derecho no vicia el consentimiento, y por otra parte, el artículo 1165 le da validez al legado de cosa ajena por excepción, y si es excepción la regla, será la contraria; además, propiamente lo que sucede es que el testador, señor de Valenzuela, ejercitó una función que, por no corresponderle, es ineficaz e inoficiosa, es decir, nula.

"Aquí no se trata tampoco de legados; se estudia el caso de un testador, que por estar viudo e ilíquida e intestada la mortuoria de su esposa, dispuso como propios de los bienes de la sucesión de ella, o mejor, que estimó que por las circunstancias apuntadas podía él regular en su testamento la herencia de ella, ejercitando una función ajena a las facultades de la testimentificación.

"Si la sucesión por causa de muerte—agrega—es una prolongación de la propiedad que le da el carácter de perpetua, es obvio que al conceder el legislador la facultad de testar, no quiso traspasar los límites que limitan necesariamente esa función al propio patrimonio.

"Los repetidos casos de excepción que anota el Código Civil, en que se da validez a la disposición de cosa ajena, se limitan en realidad a la disposición exclusiva del patrimonio propio del causante o testador, y se cumplen únicamente con sus bienes. Esto es muy distinto a dar eficacia a la disposición de un patrimonio extraño, que es el caso que se estudia."

Observa la Corte que la base de la argumentación del recurrente consiste en el error de derecho en que incurrió el testador, por haber regulado una sucesión extraña, creyendo que podía hacerlo. Dice el recurrente: "los repetidos casos de excepción que anota el Código Civil, en que se da validez a la disposición de cosa ajena, se limitan en realidad a la disposición exclusiva del patrimonio propio del causante ó testador, y se cumplen únicamente en sus propios bienes. Esto es muy distinto a dar eficacia a la disposición de un patrimonio extraño, que es el caso que se estudia"; y en el párrafo siguiente: "no es posible que un testamento regule un patrimonio ajeno y lo distribuya a su amaño, señalando los herederos y la forma de distribución," y concluye: "si esto es así, si nadie puede, por medio de testamento, regular una herencia extraña; esta carencia de facultad implica una total nulidad, que afecta el testamento de don Julio Valenzuela."

Como se ve, estos reparos convergen todos a demostrar que el testador incurrió en error de derecho por su falsa creencia de que podía sustituír a su mujer en la regulación del patrimonio de ésta; y ya en otro pasaje de este fallo se desechó tal acusación. Pero, si por la cita que hace el recurrente del artículo 1055 del Código Civil, se entiende que él quiso decir que, siendo el testamento un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes, y que, por lo mismo, cuando testa sobre una cosa que no es suya, es nula la disposición, se observa que el testador, en el presente caso, por vía de partición destinó para parte del pago de unas legítimas, una especie o cuerpo cierto, destinación que se asimila a la asignación a título singular. El Tribunal dice que no cabe duda que el señor Julio Valenzuela, en su testamento de diez y siete de mayo, y especialmente en la cláusula que se analiza, hizo una partición material de sus bienes entre sus legitimarios, luego cualquier tacha que cupiere a la mentada cláusula del testamento, relativa a su validez, estaría vinculada a las disposiciones que regulan las particiones judiciales o contractuales.

Como se ve, el Tribunal entendió que habiéndose verificado una partición de bienes en el testamento, cualquier tacha que se haga a una cláusula de éste, relativa a asignación de bienes, estaría vinculada a las disposiciones que regulan las particiones judiciales y contractuales. Esto es, que no pueden considerarse aisladamente las disposiciones testamentarias del acto de partición, y que no habiéndose erigido en nulidad por la ley la distribución de cosa ajena, puesto que aquélla señala los caminos que tiene el partícipe para defender sus derechos de tál, no tiene cabida la acción de nulidad que se estudia.

A lo expuesto por el Tribunal con relación al referido acto testamentario, en concepto de partición sujeta a las reglas especiales sobre esta materia, apenas hace el recurrente los siguientes reparos, que no constituyen un cargo:

"Debe notarse que habría un grave inconveniente en remitir el estudio de estas cuestiones para cuando se debata la distribución de los bienes, como objeciones a la partición, según lo enuncia el Tribunal; pues si el testamento es eficaz, aquellas objeciones serían inútiles, y, además, porque se dejaría de tratar en su oportunidad la cuestión planteada, que mira precisamente a establecer la nulidad en su origen, si es o no eficaz la voluntad del testador."

De todo lo dicho se llega a la conclusión de que es también infundado el cargo, considerando la cuestión por el aspecto de disposición de cosa ajena.

Se pasa ahora a considerar el recurso de la otra parte demandante.

El doctor Emilio Ferrero, en representación de doña María Elena Valenzuela de Montoya, acusa la sentencia recurrida de ser violatoria de varias disposiciones de ley sustantiva: unas de ellas, por indebida aplicación, y otras, por haber dejado de aplicarlas, debiendo haberlas aplicado al caso del pleito, y la acusa asímismo por errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, todo lo cual quiere decir que invoca la primera de las causales de casación que enumera el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y, si bien se cierto que—como lo

anota el opositor—el expresado recurrente omitió citar la causal alegada, hallándose, como se hallan, expuestos con claridad y precisión los cargos que la motivan, ella se encuentra suficientemente determinada, sin que tal omisión sea óbice para que la Corte pueda juzgar de la legalidad o ilegalidad de la referida sentencia.

Dice el recurrente, doctor Ferrero:

"Empieza el Tribunal por estudiar la cuestión de si los legados instituídos por el señor don Julio Valenzuela de la Serna, y que son materia de la cláusula testamentaria demandada, pueden imputarse a la cuarta de libre disposición y a la cuarta de mejoras. Esta cuestión la define negativamente, porque, dice la sentencia:

'Aparece clara la intención del testador don Julio Valenzuela, de no mejorar a ninguno de sus hijos, ni menos la de dividir su patrimonio en la forma prescrita por la ley para mejorar a alguno de ellos con la cuarta de libre disposición o la cuarta de mejoras.'

"Agrega el Tribunal que la intención del testador no fue la de mejorar a ningún heredero, sino la de nivelarlos a todos.

"Resuelta, pues, negativamente por el Tribunal, la cuestión que antes se indicó, pasa en seguida a examinar el punto de si hubo entrega por parte del testador a los herederos, de las sumas que aquél determina en la cláusula debatida, y si tales sumas son o nó imputables a las respectivas legítimas. Para ello hace en primer lugar mención la sentencia, de las pruebas que se adujeron en primera instancia, a saber: los libros de cuentas llevados por don Julio Valenzuela y las posiciones absueltas por don Hernando y don Carlos Valenzuela, para deducir, acogiendo las conclusiones del Juez a quo, que tales pruebas no demuestran las anticipaciones.

"Pero como en la segunda instancia del juicio se adujeron nuevas pruebas, el Tribunal entra a estudiar éstas.

"Esas pruebas fueron: una inspección ocular practicada por el Magistrado sustanciador, en asocio de peritos, sobre los libros del Banco de Colombia, correspondientes a la cuenta corriente que allí llevaba el señor don Julio Valenzuela en los años de mil novecientos seis a mil novecientos diez y nueve. En la diligencia 'se tomó razón, dice el Tribunal, de todos los cheques girados por don Julio a favor de don Hernando, y que fueron pagados por dicho Banco, acreditando de esta manera, con exactitud, el extracto que sobre la misma materia obra en autos como presentado en la primera instancia.'

La otra prueba consiste en las posiciones rendidas por don Hernando y don Carlos Valenzuela en la segunda instancia, donde, interrogados con los extractos de las cuentas de uno y otro que aparecen en los libros de don Julio, aceptaron el recibo de todas las partidas anotadas, y que fueron materia del interrogatorio; sólo que al reconocerlo así, don Hernando explicó que no había recibido suma alguna a cuenta de legítima, y que recibió parte de aquellas partidas por razón de sueldo como administrador de la hacienda de **Santa Elena**, de propiedad de su padre, y el resto con destino a los gastos de administración de la mencionada hacienda; y don Carlos, por su parte, negó también haber recibido ninguna suma por cuenta de su legítima, pues las partidas que le giraba su padre obedecían a sus gastos de educación.

"Entra aquí la sentencia a examinar los efectos de la confesión que acaba de referirse, empezando por reconocer que en la segunda instancia 'sí se acreditó la entrega por parte de don Julio Valenzuela a don Hernando y a don Carlos, de sumas mayores a las que él expresa en su memoria testamentaria, como entregadas por razón de legítimas.'

"Pero, dice el Tribunal, no basta la comprobación de tales entregas, sino que es preciso todavía establecer que las sumas les fueron entregadas a aquellos herederos en condiciones tales, que se les puedan imputar a sus legítimas. Recuerda a ese respecto la doctrina del artículo 1256 del Código Civil, que trata de la imputación de legados y donaciones a la legítima, y después dice:

'Se halla demostrado en autos, como ya se dijo, que por lo que respecta a don Carlos Valenzuela, recibió varias sumas de dinero que su padre le imputó a su legítima, y que él, al confesar haberlas recibido, agregó haber sido por razón de su educación en Europa. ¿Podrá dividirse para sus efectos legales esa confesión de don Carlos, aceptando únicamente el recibo del dinero, lo que se halla acreditado, además, con otros documentos, y rechazando la modalidad que le agregó el absolvente en las posiciones para indicar la condición en que recibió tales cantidades? Evidentemente nó.

'La regla que domina la materia sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la confesión, puede compendiarse así: cuando el hecho que constituye la modificación que se agrega a la confesión es separable del hecho principal, en el tiempo y en el espacio, entonces ese hecho puede considerarse como una excepción, y la confesión es divisible; cuando el hecho que constituye la modificación por explicación de la confesión es inseparable, en el tiempo y en el espacio, la confesión es indivisible.

'Si se aplica esta regla al caso de la confesión del señor Carlos Valenzuela, fácilmente se llega a la conclusión de que el hecho modificativo de la confesión es inseparable de ella en el tiempo y en el espacio; porque al decir, recibí tal suma, pero no en calidad de legítima sino por gastos de mi educación, su segunda afirmación no constituye una excepción, suficiente, bien a destruír la obligación contraída por la primera confesión o a desconocer su existencia, es una simple modalidad del hecho confesado, inseparable de él.....'

"Hace notar en seguida el Tribunal la importancia que éste tiene en cuanto a la carga de la prueba, y deduce que 'no es a don Carlos Valenzuela a quien corresponde demostrar que las sumas dadas a él en vida de su padre, lo fueron por razón de su legítima o en condiciones imputables en tal forma; 'esa prueba, según lo que se deja dicho, corresponde a la parte que quiere hacer uso de la prueba de confesión.'

"Lo que la sentencia juzga con respecto a la confesión de don Carlos, lo hace igualmente extensivo a la confesión de don Hernando, pues dice:

'Y esto que se ha dicho respecto de la confesión de don Carlos Valenzuela le es exactamente aplicable a la confesión rendida por don Hernando, porque aunque los hechos modificativos de sus respectivas confesiones son de naturaleza distinta, sus resultados jurídicos son unos mismos, ya que en uno y otro caso se tiende a destruír la causa de la obligación que se pretende probar con aquellas confesiones.'

"Con pena me aparto de las conclusiones a que llegó el Tribunal en materia de la prueba de confesión, porque creo que no estimó bien esta prueba, sino que, al contrario, en tal estimación incurrió en error de derecho, que lo llevó a la violación de ley sustantiva. A mi entender, el caso de la confesión de los señores Hernando y Carlos

Valenzuela, es el de una confesión divisible, con todas las consecuencias que ello importa en materia de carga de la prueba.

"En primer lugar, no hallo que tenga apoyo serio en los textos legales la doctrina sentada por el Tribunal, de que la confesión modificada o explicada, para que sea divisible, debe ser tal, que el hecho en que consiste la modificación debe ser separable (en el espacio y en el tiempo), lo cual, me parece, es mucho exigir.

"No pide tanto el artículo 568 del Código Judicial, según el cual basta que el hecho modificativo sea simplemente separable, sin más aditamento, o más bien, que sea una verdadera excepción. Y en este caso está la confesión hecha en este juicio por don Hernando y don Carlos Valenzuela. El uno confiesa haber recibido de su padre las partidas que figuran en los libros de cuentas de éste, pero agrega que ello fue por la administración y gastos de la hacienda de **Santa Elena**; el otro confiesa también haber recibido cantidades de dinero de su progenitor, pero agrega que ello fue para costos de su educación. Hay aquí, en cuanto al uno y al otro confesante, dos hechos separables, y el segundo de esos hechos lo presenta el respectivo absolvente como una excepción o defensa contra la obligación que pueda resultarle del primero. Para don Hernando, lo mismo que para don Carlos, entraña una obligación para con la mortuoria de su padre, el hecho confesado por ambos, de haber recibido de éste cantidades de dinero; pero de tal obligación, que se traduce en un derecho de los demás herederos se defiende el uno oponiéndole la obligación que, según él, tenía don Julio, de pagarle la administración y gastos de **Santa Elena**, y el otro, la obligación que tenía de atender a los gastos de su educación. Es decir, en resumidas cuentas, que a una deuda de ellos para con el causante, oponen una deuda del causante para con ellos. Y esto es, en puridad de verdad, presentar una excepción. La confesión de esos señores es, pues, **dividua o divisible**, porque la modificación o explicación que le agregaron constituye un hecho distinto y separable del hecho confesado, modificación que debió, por consiguiente, ser probada por los confesantes."

Cita el recurrente lo que al respecto establece la jurisprudencia francesa y algunos conceptos de expositores nacionales, y concluye así:

"La sentencia del Tribunal de Bogotá de que me ocupo, al estimar como indivisibles las confesiones de don Hernando y don Carlos de Valenzuela, y al eximirlos por ello, de rendir la prueba de la modificación que uno y otro agregaron a sus respectivas confesiones, incurrió en error de derecho en la apreciación de esa prueba, y por consecuencia de ese error quebrantó, por no haberlos aplicado, los artículos 542 y 543 del Código Judicial, que, según doctrina de la Corte, contienen disposiciones sustantivas. El primero de esos artículos declara que el demandado debe probar los hechos en que funda sus excepciones, y el segundo, que por regla general el que afirma una cosa es el que tiene el deber de probarla, y no el que la niega.

"Los mencionados señores Valenzuela, en las modificaciones que agregaron a sus confesiones, y que envuelven hechos separables del hecho confesado, según lo dicho antes, opusieron verdaderas excepciones, que debieron demostrar, y no demostraron, conforme al artículo 542 citado; afirmaron cosas que la parte contraria niega, y que ellos debieron probar, conforme al artículo 543, también citado. Junto con estas disposiciones quedó también violado el artículo 1757 del Código Civil, según el cual, 'incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas.'"

Todo lo que viene transcrito del alegato del doctor Ferrero lo prohija el recurrente doctor Ruiz Manrique, en representación de doña María Luisa Santamaría Valenzuela y de los cuatro hijos de ésta arriba nombrados.

A esos argumentos replica el opositor doctor Pedro Posse Camargo, en representación del demandante don Carlos de Valenzuela, diciendo:

"El demandante en casación sostiene que se violaron los preceptos contenidos en los artículos 542 y 543 del Código Judicial, 1256 y 1759 del Código Civil.

"Juzgo de todo punto infundada la tesis sostenida por el distinguido personero del señor Montoya Santamaría, y así procuraré demostrarlo:

"El cuadro de posiciones formulado a los señores Carlos y Hernando Valenzuela que, dicho sea de paso, pero llamando hacia ello muy ahincadamente la atención de la Corte Suprema, excede en más de un centenar el número de preguntas permitido para cuadros tales por el artículo 42 de la Ley 105 de 1890, y que no se acomoda en ninguna forma a lo preceptuado por el artículo 442 del Código Judicial; ese cuadro, digo, tendía necesariamente a demostrar que el señor Julio Valenzuela tenía razón al afirmar en su testamento que había entregado a sus hijos en forma imputable a su legítima las sumas de que habla en la memoria testamentaria; si tal no era el efecto que se buscaba con las confesiones solicitadas, la prueba que de ella resultase no tendría, a mi juicio, eficacia jurídica alguna en relación con el punto debatido, porque es muy claro que si la confesión no comprobaba el recibo a ese título, no era ella eficaz a dar firmeza a la memoria testamentaria en la parte sostenida por los señores abogados a quienes replico.

"Existe, pues, una conexión estrecha entre el recibo y la causa generadora del mismo, y esa causa y el recibo por ella fue negado sencillamente por los absolventes, puesto que dieron al mismo una razón completamente diversa de la pretendida por el testador, y de la que debió comprobarse para pretender sostener la cláusula del testamento anulada. Pretender separar y dislocar el hecho del recibo de una suma, de la causa generadora del mismo, para deducir consecuencias jurídicas de aquél, sin atender a ésta, no puede hacerse sin violentar en forma inaceptable el principio jurídico que regula la prueba de la confesión. Basta considerar que el título al cual se recibe es elemento básico de la obligación que se produce, y que ésta cambia en manera fundamental, a la luz del derecho, según sea aquél.

"Mal puede suponerse que quien dice recibí, pero no por la causa que se me pregunta, esté dando su asentimiento al hecho preguntado; muy al contrario, la negación en esta forma no puede remitirse a duda. Sostener lo contrario, basándose en que el absolvente no empieza su respuesta diciendo: 'no es cierto, porque no recibí a ese título sino a este otro,' sería sencillamente dar margen a que las posiciones se convirtiesen en arma de emboscada y asalto contra los que ignoran el arte de litigar, y poner a disposición de los profesionales un temible medio de ataque contra los incautos."

Para el examen de este cargo, formulado por el doctor Ferrero y prohijado por el doctor Ruiz Manrique, con-

viene tener en consideración las siguientes circunstancias que rodean la prueba de que aquí se trata.

En la primera instancia el demandante, don Carlos Valenzuela, fue interrogado en posiciones por los demandados, quienes en pliego cerrado le formularon, entre otras, las siguientes preguntas:

"4ª ¿Cómo es cierto que el absolvente recibió de su padre el señor Julio Valenzuela, en varias partidas, los quince mil pesos oro que el testador declaró haberle dado al absolvente?

"5ª ¿Cómo es cierto que el absolvente adeuda a la sucesión de su padre el señor Julio Valenzuela, la referida cantidad de quince mil pesos oro que de éste recibió?

"6ª ¿Cómo es cierto que según la intención de su padre, claramente manifestada en su testamento, los quince mil pesos oro que de él recibió el absolvente deben imputarse a la legítima que corresponde al absolvente?"

El interrogado contestó a la cuarta:

"No es cierto; yo no recibí sumas de mi padre ni a título de deuda ni a cuenta de mi legítima."

Leída, la aprobó, y contestó a la quinta:

"No es cierto."

Leída, la aprobó, y contestó a la sexta:

"Como no conozco la intención de mi padre al hacer el testamento, y esa intención es un hecho extraño para mí, no puedo declarar sobre lo que se me pregunta; sólo sé que nada recibí a título de deuda ni a cuenta de mi legítima."

Los mismos demandados pidieron, también en primera instancia, que don Hernando Valenzuela absolviera, entre otras, las siguientes posiciones:

"4ª ¿Cómo es cierto que el absolvente recibió de su padre el señor Julio Valenzuela, en varias partidas, los veintiocho mil pesos oro que el testador declaró haberle dado al absolvente?

"5ª ¿Cómo es cierto que el absolvente adeuda a la sucesión de su padre el señor Julio Valenzuela, la referida cantidad de veintiocho mil pesos oro que de éste recibió?

"6ª ¿Cómo es cierto que según la intención de su padre, claramente manifestada en su testamento, los veintiocho mil pesos que de él recibió el absolvente deben imputarse a la legítima que corresponde al absolvente?"

El absolvente contestó:

"A la cuarta: no es cierto."

Leída, la aprobó, y contestó a la quinta:

"No es cierto."

Leída, la aprobó, y contestó a la sexta:

"Como yo no conozco la intención que hubiera tenido el testador, y ella constituye un hecho ajeno, no puedo declarar sobre el particular; me refiero a lo que diga el testamento."

En la segunda instancia, el doctor Rafael Ruiz Manrique pidió que se practicara "una inspección ocular en la sección correspondiente del Banco de Colombia, sobre los libros en que se llevó la cuenta de don Julio Valenzuela, desde el año de mil novecientos seis en adelante, y sobre los cheques girados por don Julio Valenzuela a favor de Hernando Valenzuela, de Carlos Valenzuela, de la señora Ana Barriga de Valenzuela y los demás que figuran en el extracto de las cuentas presentadas en la primera instancia, para demostrar con esta prueba que los señores Hernando y Carlos Valenzuela sí recibieron de su padre, el señor Julio Valenzuela, las sumas de que éste habló en su testamento, y que negaron en las posiciones absueltas en primera instancia."

En el mismo escrito se pidió que se citara a don Carlos y a don Hernando Valenzuela para que absolvieran las posiciones contenidas en el pliego cerrado que se acompañó.

Refiriéndose a esas pruebas, dice el Tribunal:

"Dos clases de pruebas fueron solicitadas ante el Tribunal y evacuadas en tiempo oportuno: una inspección ocular practicada por el Magistrado sustanciador en asocio de peritos, sobre los libros del Banco de Colombia, en donde, en vista de los libros correspondientes a la cuenta corriente que en dicho Banco llevó el señor Julio Valenzuela en los años de mil novecientos seis a mil novecientos diez y nueve, se tomó razón de todos los cheques girados por don Julio a favor de don Hernando, y que fueron pagados por dicho Banco, acreditando de esta manera, con exactitud, el extracto que sobre la misma materia obra en autos como presentado en la primera instancia.

"Con los extractos de las cuentas de don Hernando y de don Carlos Valenzuela, que aparecen en los libros de don Julio, fueron aquéllos interrogados en posiciones, y en ellas aceptaron, como era natural, el recibo de todas las partidas anotadas, y que fueron materia de interrogatorio; pero a la posición 20, que es el compendio de todas las demás, y que para don Carlos está concebida en estos términos:

'¿Cómo es cierto que en la suma total de las cantidades anteriormente expresadas, recibidas por el absolvente de su padre el señor Julio Valenzuela, está incluída la cantidad de quince mil pesos oro, de que habla el testamento de dicho señor Valenzuela, cuando dice: 'a mi hijo Carlos, que de las sumas que ha recibido o pueda recibir, no le hago cuenta sino de quince mil pesos oro ($ 15,000), le lego especialmente trece mil pesos oro, en la parte que tengo en Santa Elena, para completarle los veintiocho mil pesos ($ 23,000) oro?' Contestó: 'Es cierto; pero repito que no he recibido ninguna suma por cuenta de mi legítima ni a título de deuda.' Explicó también al aceptar cada una de las partidas giradas por su padre, que ellas obedecían a sus gastos de educación, pero en manera alguna correspondían a su legítima.'

"Y en cuanto a don Hernando, que fue también interrogado así por la última pregunta de las posiciones:

'¿Cómo es cierto que en las sumas recibidas por el absolvente y enumeradas en las posiciones segunda a decimanona, están incluídos los $ 23,000 oro, de que habla el testador en el testamento que otorgó en esta ciudad el diez y siete de mayo de mil novecientos diez y nueve, en la Notaría 4ª del Circuito, bajo el número 620, en el pasaje que dice: 'Según esto, como a Hernando he dado hasta veintiocho mil pesos oro, etc. etc.'? Contestó: 'No es cierto,' y agrega: 'Ni tampoco es cierto que yo haya recibido suma alguna a cuenta de mi legítima ni por cuenta de deuda a favor de mi padre.'

"También este heredero, al confesar el recibo de las partidas que acepta como dadas a él por su padre, y a que hacen referencia los cheques girados a su favor contra el Banco de Colombia, modifica, diciendo que recibió parte de aquellas partidas por razón de sueldos como administrador de la hacienda de Santa Elena, de propiedad de su padre, y el resto con destino a los gastos de la administración de la expresada hacienda.

"Se verificó, pues, una modificación del problema presentado en la primera instancia con las pruebas que fueron aducidas en esta segunda instancia, ya que con ellas sí se acreditó la entrega por parte de don Julio Valenzuela a don Hernando y a don Carlos, de sumas mayores a las que él expresa en su memoria testamentaria, como entregadas por razón de su legítima; pero, ¿basta la comprobación de tales entregas para resolver afirmativamente el problema? Nó; es preciso todavía establecer que tales sumas les fueron entregadas en condiciones tales, que se les puedan imputar a sus legítimas."

Seguidamente agrega:

"Se halla demostrado en autos, como ya se dijo, que por lo que respecta a don Carlos Valenzuela, recibió varias sumas de dinero que su padre le imputó a su legítima, y que él, al confesar haberlas recibido, agregó haber sido por razón de su educación en Europa. ¿Podrá dividirse para sus efectos legales esta confesión de don Carlos, aceptando únicamente el recibo del dinero, lo que se halla acreditado además con otros documentos, y rechazando la modalidad que le agregó el absolvente en las posiciones para indicar la condición en que recibió tales cantidades? Evidentemente nó."

Estima la Corte, como arriba lo deja insinuado, que para apreciar si una confesión es divisible o indivisible, es preciso tener en cuenta las comprobaciones que la han precedido en el proceso.

"Observad—dice Pothier—que cuando yo no tengo otra prueba que vuestra confesión, yo no puedo dividirla." **(Tratado de las obligaciones.** Número 808).

Pero como lo observa Bonnier, cuya opinión acoge la Corte, no es aplicable la regla de la indivisibilidad, sino en los casos de que la parte contraria, no pudiendo alegar otra prueba que la confesión, se halla obligada a aceptar o desechar por completo la declaración en que se funda. De otra suerte sería, si esta parte tuviera otros medios legales de probar su derecho; entonces la confesión calificada, y sobre todo la compleja, no tendría más que una importancia accesoria; según el sistema contrario, sería demasiado fácil paralizar los medios de prueba de la parte adversa, valiéndose de una confesión parcial, cuyo contenido estuviera prohibido modificar."

Para ilustrar mejor la cuestión que queda planteada, conviene estudiar este cargo en relación con el de la violación del artículo 1256 del Código Civil, formulado por los mismos recurrentes, doctores Ferrero y Ruiz Manrique:

Dice el primero de éstos:

"De otro lado, y por consecuencia del mismo error apuntado, la sentencia infringió también el artículo 1256 del Código Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito. Esa disposición hace imputables a la legítima todos los legados y donaciones hechos a un legitimario que tenía entonces la calidad de tál. Por haber admitido el Tribunal, sin prueba por parte de don Hernando y don Carlos Valenzuela, que las sumas entregadas al primero por su padre lo fueron como remuneración y gastos de administración de la hacienda de **Santa Elena,** y que las recibidas por el segundo le fueron dadas para gastos de su educación, quedaron tales sumas fuera de la imputación ordenada por el aludido artículo 1256, y ordenada también por el testador. Si se hubiera estimado, como debió estimarse, que era de cargo de los señores Valenzuela dar la prueba de las modificaciones que añadieron a sus confesiones (prueba que no fue presentada por ellos), las sumas que recibieron de su padre aparecerían con el carácter que efectivamente tienen, que es el de liberalidades o anticipaciones del padre a favor de sus dos hijos, imputables a la legítima de éstos, conforme al artículo 1256 del Código Civil, violado en la sentencia."

Pues bien: ya se ha visto que el Tribunal reconoce y confirma en el fallo recurrido los siguientes hechos: que en la segunda instancia se practicó una inspección ocular en los libros del Banco de Colombia, correspondientes a la cuenta corriente que en dicho Banco llevó el testador, don Julio Valenzuela, y "que en ellas se tomó razón de todos los cheques girados por don Julio a favor de don Hernando, y que fueron pagados por dicho Banco, acreditando de esta manera, con exactitud, el extracto que sobre la misma materia obra en autos como presentado en la primera instancia; que con las pruebas que fueron aducidas en la segunda instancia, sí se acreditó la entrega por parte de don Julio Valenzuela, el testador, a don Hernando y don Carlos, de sumas mayores a las que él expresa en su memoria testamentaria"; y "que se halla demostrado en autos, como ya se dijo, que por lo que respecta a don Carlos Valenzuela, recibió varias sumas de dinero que su padre imputó a su legítima."

La comprobación de los hechos a que el Tribunal se refiere en esos pasos de la sentencia, pone a don Carlos y a don Hernando Valenzuela en la obligación de probar que su padre les debía esas sumas de dinero, y en la de restituír dichas sumas, al no poder comprobar que su padre se las debía, según lo estatuído en el artículo 2318 del Código Civil; y al efecto, debe tenerse presente que, como se ha visto, don Hernando, en las posiciones que absolvió en la primera instancia del juicio, negó haber recibido de su padre, el señor Julio Valenzuela, en varias partidas, los veintiocho mil pesos oro que el testador declaró haberle dado al absolvente, y que don Carlos, interrogado en la misma forma, en relación con los quince mil pesos de que habla el testador, no dio una respuesta categórica al decir: "No es cierto; yo no recibí suma alguna de mi padre, ni a título de deuda ni a cuenta de mi legítima."

El artículo 1256 del Código Civil establece una regla general y dos excepciones a esa regla.

La regla es ésta:

"Todos los legados, todas las donaciones sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario que tenía entonces la calidad de tál, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico, aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora."

La primera de las excepciones a esa regla, dice:

"Sin embargo, los gastos hechos para la educación de un descendiente no se tomarán en cuenta para la computación de las legítimas, ni de la cuarta de mejoras, ni de la cuarta de libre disposición, aunque se hayan hecho con la calidad de imputables"; y la segunda excepción está concebida en estos términos:

"Tampoco se tomarán en cuenta para dichas imputaciones, los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre."

Así, pues, comprobado como está en el expediente, que don Julio Valenzuela sí entregó a sus hijos don Hernando y don Carlos las cantidades de dinero expresadas en su memoria testamentaria, y disponiendo, como dispone el testador, que de esas sumas se imputen veintiocho mil pesos a la legítima de don Hernando, y quince mil pesos

a la legítima de don Carlos, para infirmar esta disposición del testador sería preciso que se hubiera demostrado que esas sumas fueron entregadas en pago de deudas, como lo afirma don Hernando, o que lo fueron para gastos de educación, como lo afirma don Carlos; circunstancias éstas que constituyen verdaderas excepciones. Pero don Hernando, quien afirma que esas sumas le fueron dadas en pago de honorarios como administrador de la finca de **Santa Elena** y para gastos de administración de la misma, ni siquiera ha comprobado que él tuviera a su cargo la administración de dicha finca; y, en cuanto a don Carlos, quien tampoco ha comprobado nada que justifique su afirmación, pudiera decirse que tiene a su favor la presunción que se deduce de los artículos 257 y 258 del Código Civil, que imponen al padre sobreviviente la obligación de atender a los gastos de educación de sus hijos legítimos, pero como esa presunción sólo puede establecerse a favor de los hijos de familia, y a folio 4 vuelto, cuaderno número 1°, figura la partida de bautismo de don Carlos Valenzuela, presentada por la parte demandada, con lo cual se acredita que este señor salió de la patria potestad por haber llegado a la mayor edad el treinta de agosto de mil ochocientos noventa y siete, no es posible admitir, sin la prueba correspondiente, que de esa fecha en adelante siguieran corriendo por cuenta de don Julio Valenzuela los gastos de educación de su hijo Carlos, contra la expresa voluntad manifestada por el testador, en su memoria testamentaria, de cargarle a la cuenta de su hijo Carlos las sumas que éste dice haber recibido para gastos de educación.

Resulta pues que, independientemente de la prueba de confesión, está plenamente comprobado en el juicio el hecho principal sobre el cual fueron interrogados en posiciones don Carlos y don Hernando, esto es, que recibieron de su padre, don Julio Valenzuela, las cantidades que éste dice haberles entregado, y que posteriormente, al hacer su memoria testamentaria, les imputó a sus legítimas. La plena comprobación de ese hecho no puede quedar infirmada por simples afirmaciones, que para enervar sus efectos jurídicos, haga la parte a quien él perjudique. En casos como el que aquí se estudia, la confesión no tiene la importancia que tendría cuando es ella prueba única de los hechos sobre que versa el interrogatorio, pues comprobados esos hechos por otros medios, las adiciones o modificaciones que introduzca el demandado o absolvente, deben ser comprobados.

Por estas razones la Corte estima fundados los cargos de error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión, y de violación de los artículos 1256 del Código Civil, y 542 y 543 del Código Judicial, y que es, por lo tanto, casable la sentencia.

Para fundar la sentencia de instancia, que ha de reemplazar a la del Tribunal, con relación a la demanda de don Carlos Valenzuela, en lo que hace a su primera petición, la Corte acoge en todas sus partes las razones que respecto de ella se hallan consignadas en la sentencia de primera instancia; y en lo que hace a la segunda petición, basta considerar que los hechos en que ella se funda son los marcados en la demanda con los números 4° y 5°, y que el demandante no ha dado ninguna prueba sobre esos hechos, por lo que es de rigor aplicar la regla del artículo 542 del Código Judicial, que dice:

"El demandante es el que debe dar la prueba sobre el hecho o la cosa que negare el demandado, el cual habrá de ser absuelto no probando aquél lo negado. Del mismo modo el demandado debe probar los hechos en que se fundan sus excepciones."

Procede ahora entrar a considerar la demanda de don Luis Montoya S., respecto de la cual la Corte acoge igualmente el concepto que con relación o los legados de que se trata, expone el Juez a quo en la citada sentencia de primera instancia, esto es, que la intención del testador, don Julio Valenzuela de la Serna, no fue otra que la de repartir su patrimonio entre sus cuatro hijos, sin mejorar a ninguno de éstos en forma alguna.

"La intención del testador al respecto—dice la referida sentencia—aparece clara, no sólo del contexto sino del texto de su postrera voluntad, puesto que dice que el objeto de los legados especiales que hace a favor de alguno de sus hijos, obedece al deseo de establecer compensaciones por razón de anticipos hechos a alguno de sus hijos. De modo que la causa eficiente o determinante de esos legados fueron los anticipos hechos por don Julio a sus hijos, con imputación a sus legítimas: si no hubiera habido anticipos, no habría habido legados."

No hay, por tanto, lugar a hacer las declaraciones solicitadas por don Luis Montoya Santamaría en la demanda de que aquí se hace mérito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dispone: infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día veinticuatro de julio de mil novecientos veintiocho, en cuanto confirma el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, y en su lugar resuelve:

Revócase el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, pronunciada en la presente causa por el Juzgado 6° en lo Civil del Circuito de Bogotá, el siete de febrero de mil novecientos veinticinco, en el cual se declara que es nula la cláusula testamentaria a que se refiere la segunda petición de la demanda de don Carlos Valenzuela, y declárase que no hay lugar a hacer tal declaración.

En todo lo demás queda vigente la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de las demás declaraciones de la primera instancia.

Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

A mi entender, la Corte ha sesgado el debate judicial que el recurrente ha planteado con claridad, y que consiste en saber qué consecuencias jurídicas corre un testamento en que el testador ha dispuesto de bienes ajenos, aplicando el artículo 1055, que se acusa como violado, cuestión ésta que se quedó sin solucionar en la sentencia de la Corte, a pesar del ataque.

No se sabe, pues, cuál es la opinión de esta Superioridad respecto del artículo 1055 que define el testamento, y se ignora igualmente cuál respuesta diera para rechazar el ataque por el quebrantamiento de esa disposición,

Parece que la Sala considera que es suficiente razón para sostener el fallo materia de la casación, la base del Tribunal de instancia, de que las disposiciones testamentarias en que el señor de Valenzuela dispuso de bienes ajenos, cosa que niega la Corte, son actos de partición, reconocidos por el artículo 1375 del Código Civil, y sometidos, por lo mismo, a las disposiciones que regulan dichos actos, entre los cuales no se encuentra la nulidad como sanción.

Considero que este concepto pugna con la expresa disposición del artículo 1410, que da al partícipe el derecho de intentar la acción de nulidad de la partición, independiente de las demás acciones por las cuales se anulan o rescinden los contratos.

Además, como las cláusulas testamentarias como testamento, son las mismas que se consideran como partición, resuelta la cuestión por la faz del testamento, solucionada quedaba por el aspecto de partición, porque lo que es nulo como disposición testamentaria, lo sería igualmente como partición. Lo contrario será un absurdo jurídico, es decir, que las cláusulas de un testamento declaradas nulas como testamento tendrían eficacia como disposiciones sobre partición de bienes, o viceversa.

Basta enunciar esta dualidad para sentir su repugnancia con la razón y orden jurídicos.

En mi sentir, no tenía el recurrente porqué atacar el concepto del sentenciador, que le ha servido a la Corte para sostener el fallo de segunda instancia, porque atacó lo primordial, a saber: si vale un testamento cuando en él se dispone de bienes ajenos en lo que dice relación con esa disposición.

Si esas disposiciones se confirman o anulan, igual suerte correrían al considerarse como meros actos de partición.

Ahora, como se hace en la práctica, ¿qué criterio sirve de norte para saber cuándo unas cláusulas testamentarias son disposiciones de última voluntad, es decir, testamento, y cuándo esas mismas cláusulas son actos de partición, para aplicarles las disposiciones que regulan unas y otras?

Por otra parte, las disposiciones del testador sobre partición de bienes, apenas puede considerarse como un proyecto de partición, viable, si no contraría disposiciones legales, sometido a la liquidación de la sucesión, que bien puede suceder no alcance a cubrir las deudas del difunto, y por consiguiente, mientras ella no tenga el carácter de tál, que no se adquiere sino por la aprobación del Juez, no se puede demandar su anulación o rescisión por las causas por que se anulan o rescinden los contratos.

La Corte es la llamada a resolver estas cuestiones, y su misión es solucionar las divergencias jurídicas, no esquivarlas, posponiendo su solución para un futuro que no se sabe si llegará.

Bogotá, diciembre dos de mil novecientos treinta.

José Miguel Arango—Nannetti—Jiménez.—Martínez. Méndez—Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Juan N. Méndez, en la parte motiva de la sentencia.

Cuando el Constituyente elevó a la categoría de canon constitucional el requisito de que "toda sentencia será motivada" (artículo 161, Constitución Nacional), apreció en toda su importancia y alcance la necesidad de que los fallos judiciales no sean meros actos de autoridad de quienes los dictan, sino emanaciones de la ley, que dan a cada cual su derecho, en tal forma, que la recta razón y la conciencia de quienes lo han disputado no puedan tacharlos de incosultos o desprovistos de bases firmes de derecho.

Hallo que la parte motiva que sustenta la sentencia de la Corte, en lo referente a la cuestión jurídica que domina todo el litigio, adolece de inexactitud y flaqueza.

Planteó el recurrente primero el libelo de demanda, y luégo, en el recurso de casación, la cuestión de que si un testamento dispone de cosa que pertenece a patrimonio ajeno, es nulo, porque quebranta uno de los límites necesarios que la ley ha impuesto a la voluntad del testador, determinados categóricamente en la propia definición de testamento, que da el artículo 1055 del Código Civil:

"Un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes."

La propiedad, afirma el recurrente, entra como elemento necesario de las disposiciones testamentarias.

En la primera sentencia que formuló la Corte sobre este recurso, omitía tratar esta cuestión; pero hubo luégo de prestarle consideración en la que ha dictado formalmente.

No contesta la mayoría de la Corte de modo directo este cargo, ni resuelve la cuestión sí es o nó de la esencia del testamento que la cosa asignada universal o singularmente, sea de propiedad del testador, sino que desvía la respuesta, diciendo que "el testador en el presente caso, por vía de partición, destinó, para parte del pago de una legítima, una especie o cuerpo cierto, destinación que se **asimila** a la asignación a título singular." ¿Y esto porqué? No lo dice la sentencia.

Y esta tesis ya había sido atacada también por el recurrente, que había dicho que un heredero universal no puede convertirse en legatario por el sólo hecho de que el testador destine uno o más cuerpos ciertos para cubrir su asignación universal. Y a fe que tendría razón, si no se le busca base a una tesis que se da como cierta por la Corte sin demostrar su fundamento. Lo que determina si una asignación es universal o singular, es el **título** con que se sucede: el título es **universal** cuando se sucede al difunto en la universalidad de sus bienes o una cuota de ellos. El título es **singular** cuando se sucede en uno o más cuerpos ciertos, o una o más especies indeterminadas de cierto género (artículos 1008, 1011, Código Civil). Las asignaciones a título universal se llaman herencia, y las asignaciones a título singular, legados; el asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario.

Todos los hijos del testador Julio Valenzuela habían sido instituídos herederos; este es su carácter comprobado y jamás negado por persona alguna; luego si para el pago de su **herencia** se han tomado o destinado cosas ciertas, no por ello dejarían de ser herederos, ni la cosa destinada a cubrir su asignación universal dejaría de ser herencia para convertirse en legado o en una cosa que se asimila a la asignación a título singular, como dice la sentencia.

Esta tesis, en mi sentir, no puede ser la respuesta adecuada que confute el cargo del recurrente.

Debo exponer las razones con que puede desecharse el cargo en sus dos conceptos de violación del artículo 1055, y de que la cosa destinada al pago de una asignación universal no se convierte por este hecho en legado.

El primer motivo se apoya, como se deja dicho, en la definición que da de testamento el Código Civil. Esta de-

finición no es un precepto legal que pueda servir de motivo de casación; ella, como la mayor parte de las que da el Código Civil, pertenece a la especie que la lógica denomina **descriptivas**, las cuales "no definen la cosa por sus caracteres constitutivos y esenciales, sino que la indican, ora por sus accidentes, ora por sus propiedades, ora por su causa."

Y prueba de que la definición de testamento que trae nuestro Código no es esencial en cuanto lo describe como disposición de bienes propios, es el hecho de que en la sucesión de los tiempos y en la diversidad de lugares, ha sufrido y puede sufrir variaciones a este respecto, sin que por ello haya cambiado o pueda cambiar en su esencia. Al testamento creado por las **XII Tablas**, según las cuales era la ley lo que el padre de familia dispusiera sobre **sus bienes propios** (pecuniae suae), sucedieron luégo las definiciones de Ulpiano:

"Testamento es la declaración verdadera de nuestra voluntad, hecha solemnemente para que valga después de nuestra muerte"; o de Modestino: "Testamento es la declaración verdadera de nuestra voluntad, respecto de aquello que alguna persona quiere que se haga después de su muerte"; y otras; en ellas no aparece que la disposición de voluntad ha de recaer necesariamente sobre bienes propios.

En otras legislaciones, en las cuales se ha desterrado el sistema de definiciones legales por innecesarias y propicias a errores de concepto, la institución del testamento subsiste tal como lo prescribe sustancialmente la ley.

Y prueba de que en nuestro derecho positivo no es esencial el que la disposición testamentaria recaiga sobre bienes propios, es el hecho de que el Código Civil reconoce en ciertos casos como válidas las asignaciones que versan sobre cosa ajena, por ejemplo, los legados hechos a favor de descendientes o ascendientes. Contesto así el primer cargo.

***

Procedo a confutar el segundo.

Como bien lo dice el Tribunal, las disposiciones de Valenzuela, aunque revestidas de las formas de testamento público, constituyen en sí un acto de partición, así calificado y reconocido por el artículo 1375 del Código Civil; y en cuanto esas disposiciones proceden del padre legítimo de los herederos, pertenecen a la institución especial, conocida en derecho civil con el nombre de partición de ascendiente, que es sui géneris y tiene efectos civiles peculiares.

Niegan algunos que esa institución—**que eso**, como despectivamente la designan—exista en nuestro derecho nacional; pero esta afirmación, desnuda de argumento, revela que no se ha prestado atención al artículo 1375 del Código Civil en su texto mismo, ni rastreado el origen de esta disposición.

La partición allí reconocida, y que se hace por instrumento público o por testamento, es acto que queda consumado, y tiene efectos civiles de propia virtud, desde que la voluntad del testador se haya manifestado en forma solemne; y por esta razón el artículo citado contiene esta disposición:

"Y se **pasará por ella**, mientras no fuere contraria a derecho ajeno," es decir, que le da el mismo valor, los mismos efectos, con igual restricción que puede tener cualquier acto o contrato perfecto. La partición en este caso no es la perseguida en los juicios de sucesión, sujeto a las tramitaciones del Código Judicial, susceptibles de controversias judiciales antes de su formación, emanada de un mandatario llamado partidor, extraño al causante, y sometido a la autoridad del Juez, sin cuyo beneplácito ningún valor tiene. Esa partición, por el contrario, es acto de voluntad de su autor viviente, que se anticipa a su muerte y regula su sucesión.

Y como tales actos han tenido que suceder desde que el mundo es mundo, en todo tiempo y lugar, ellos son universales, y crearon necesariamente en los dominios del derecho, el problema jurídico correspondiente, cuyos principios y normas tuvo que establecer el legislador.

La partición de ascendiente, creada como institución especial por la jurisprudencia en el antiguo Derecho Romano, tomó forma positiva y concreta por la Novela 107 de Justiniano. De ésta nació, en el derecho galorromano, la Ordenanza de 1735 que la reglamentó en su forma necesaria, artículo 17. Esta misma institución la acogió el Código Napoleón, artículos 1075 y 1076, y nuestro Código Civil, haciéndola más extensiva, la reprodujo en el artículo 1375.

Los límites estrechos de un salvamento de voto no permiten extenderme en la demostración de esta genealogía; pero sí debo citar el corolario que deduce un eminente expositor de esta materia:

"Estas formalidades bastaban para dar a la partición de ascendiente una existencia legal e independiente de la sanción del Juez, cuya autoridad no es ya necesaria, como en Derecho Romano, para **comunicar la fuerza obligatoria** a las atribuciones de bienes que contiene. (Demolombe. Donations et testaments)."

¿Y cuál es la naturaleza de este acto cuando se verifica en forma de testamento, como es el caso que se presenta en este juicio? Considéranlo algunos como acto dispositivo; otros, como meramente distributivo de propiedad. En el primer caso tendría los caracteres de donación por causa de muerte; en el segundo, los de una partición que sale de las reglas de las particiones ordinarias.

Si las disposiciones de Valenzuela se consideran como una donación por causa de muerte, cada una de ellas relativa a cosas singulares, ya han constituido legados anticipados, confirmados por la muerte del causante, y que se sujetan a las mismas reglas que los legados (artículo 1193 del Código Civil). Entre estas reglas se halla la del artículo 1165, que si bien declara nulo el legado de cosa ajena, lo halla válido, cuando se hace a favor de un descendiente o ascendiente legítimo del testador. Esto último sucedería respecto de las cosas singulares que Valenzuela destinó a cada uno de sus herederos.

Si se considera la partición de ascendiente como un acto distributivo de bienes, ella estaría sujeta a las disposiciones del artículo 1405 del Código Civil, según el cual "las particiones se anulan o rescinden de la misma manera que los contratos"; y como en nuestro derecho, y con relación a las convenciones que entrañan enajenación, valen las de cosa ajena, excepto contra su dueño, preciso es averiguar si Carlos Valenzuela Carrizosa asumió el carácter de dueño o representante de éste, al intentar la acción de nulidad del acto de partición hecho por Julio Valenzuela de la hacienda de **Bosatama.**

Procede la acción, según el libelo de demanda, de que Valenzuela comprendió en el acto de partición, lo de su esposa Elena Carrizosa de Valenzuela.

Esta señora era, pues, la dueña de la cosa o cosas de que dispuso su esposo; y como falleció antes de él, a su sucesión pertenecían aquellos bienes; luego quienes podían entablar la acción de nulidad por transmisión de cosa ajena, eran los representantes de aquella sucesión,

El demandante Carlos Valenzuela no ha instaurado este juicio en tal carácter, sino a título de **copartícipe** perjudicado en la herencia de su padre; no ha podido tener, por tanto, la acción que ha ejercitado. Y en este caso, es de aplicación rigurosa el artículo 1410 del Código Civil, que dice:

"El partícipe que no quisiere o **no pudiere** intentar la acción de nulidad de la partición, conservará los otros recursos legales que para ser indemnizado le corresponden."

A mi pesar, he dado demasiada extensión a este salvamento de voto, porque no de otra manera habría podido tratar siquiera sucintamente el punto de derecho que dejo expuesto, ni separarme de los motivos de una sentencia de la Corte, dictada por respetabilísimos Magistrados.

Suscribo la decisión de la sentencia de casación, pero me separo parcialmente de la parte motiva.

Bogotá, diciembre dos de mil novecientos treinta.

Juan N. Méndez—Nannetti—Arango—Jiménez—Martínez—Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Manuel Sencial, con poder conferido por Belisario Mejía, como liquidador de la **Compañía Ganadera de Antioquia,** demandó a la Sociedad **Hijos de Diego Escobar & Compañía,** por escrito presentado el día veintidós de enero de mil novecientos veinticinco ante el Juez del Circuito de Medellín, para que, previo el trámite de un juicio ordinario, la segunda sociedad fuera condenada a restituír a la primera la suma de dos mil pesos ($ 2,000) oro, con los intereses correspondientes, a razón del quince por ciento (15 por 100) anual, desde el día veintitrés de agosto de mil novecientos veinte (1920) hasta el pago, más las costas del juicio, deducida la cantidad de cuatrocientos treinta y tres pesos ($ 433) oro, que fue abonada en bienes muebles a la sociedad demandante.

Fundóse la acción en estos hechos:

"1º El señor Carmelo Núñez, en su carácter de Gerente de la Compañía Ganadera de Antioquia, prestaba dinero a los señores Hijos de Diego Escobar & Compañía, por conducto de su socio Jesús Escobar T., y éste como socio lo prestaba a la Ganadera.

"2º El señor Núñez prestó a los señores Hijos de Diego Escobar & Compañía la suma de dos mil pesos ($ 2,000) oro el día 23 de agosto de 1920, en un giro a cargo del Banco Mercantil Americano de Colombia, de Medellín, el cual fue cubierto el mismo día, cuyo cheque tiene el número 0338, de esa misma fecha.

"3º Al absolver posiciones los señores Carmelo Núñez y Escobar T., el primero asegura bajo juramento que los señores Escobar retienen el valor, y que no lo han devuelto; y el señor Escobar T. dice que la última partida que Núñez le prestó de $ 2,000, se los devolvió a los quince o veinte días en un cheque a su favor (de Núñez), y a cargo del Banco Mercantil Americano de Colombia, Sucursal de Medellín, cheque que supo no había hecho efectivo, pues después de haberlo tenido en su poder resolvió romperlo, diciendo "que después arreglaban," lo que indica por confesión de ambos, que el dinero no ha vuelto a la caja de la Compañía Ganadera, y lo deben.

"4º Que en vista de que los $ 2,000 no han vuelto a sus dueños y que aún los retienen los señores Hijos de Diego Escobar & Compañía, la sociedad que represento tiene derecho para pedir la restitución."

Como razones de derecho se invocaron los artículos 751, 823, 852, 2205, 2253 y 2418 del Código Civil. Al escrito de demanda se acompañaron igualmente en copia auténtica tres pliegos de posiciones absueltas en el juicio por Carmelo Núñez, Jesús Escobar T. y Diego Escobar O.

Admitida la demanda por el Juez 2º en lo Civil del Circuito expresado, y surtido el traslado correspondiente, se decidió la litis, previo el trámite legal, por sentencia de fecha siete de junio de mil novecientos veintiséis, cuya parte resolutiva dice:

"Condénase a los señores Hijos de Diego Escobar & Compañía a restituír dentro de seis días de notificada esta sentencia, a la Compañía Ganadera de Antioquia, sociedad en liquidación, la suma de mil quinientos sesenta y siete pesos y los intereses legales de esta suma desde el veintitrés de agosto de mil novecientos veinte hasta que verifiquen el pago. No se hace condenación en costas."

El Tribunal Superior de Medellín, a cuyo conocimiento subió luégo el asunto por apelación de la parte demandada, confirmó dicha sentencia por la de fecha veintiocho de junio de mil novecientos veintisiete.

Interpuesto recurso de casación por la misma parte demandada contra la decisión del Tribunal, la Corte pasa hoy a decidirlo, por ser legalmente admisible y haberse tramitado en la forma debida.

Contraído el alegato del recurrente a la primera de las causales señaladas por el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, formula varios cargos que en seguida se estudian:

Violación de los artículos 2221 y 1757 del Código Civil y 1º y 2º de la Ley 75 de 1916 (sobre cheques); 702 del Código Judicial, y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887.

Se alega, en síntesis, sobre el particular:

1º Que el Tribunal sentenciador da por establecido el contrato de mutuo sin existir probanza alguna del acuerdo de voluntades que mediara al respecto entre la sociedad demandada y la demandante.

2º Que a ésta, como tál, y no a aquélla, incumbía demostrar la pretendida obligación.

3º Que no se ha aducido otra prueba que el cheque inspeccionado en el archivo del Banco Mercantil Americano, el cual no constituye por sí sólo comprobante de contrato ninguno, como lo previene el artículo 1º de la citada Ley 75, menos aún no apareciendo con el número señalado en la demanda ni judicialmente reconocido en el proceso.

Se observa:

En el cuerpo de las consideraciones hechas por el Tribunal para fundar su decisión, no aparece tan solo la razón apuntada por el recurrente. Hizo aquél, es verdad, reflexiones concretas sobre la eficacia probatoria del expresado cheque, mas no tomó esta pieza aislada como exclusiva fundamento del fallo, según puede advertirse con la simple lectura de los considerandos, cuya parte principal fue concebida en estos términos:

"....Quien patrocina los intereses de la sociedad demandada asegura que el préstamo hecho por el señor Núñez al señor Jesús Escobar T. fue en su carácter particular y no como Gerente de la Compañía Ganadera, y de aquí que no se deba la suma por que se le demanda, pues tiene cuentas pendientes la Casa de Hijos de Diego Escobar & Compañía con el señor Núñez.

En posiciones éste sostiene que el préstamo se hizo en la forma que dice el libelo, mientras que el señor Escobar sostiene todo lo contrario, esto es, que fue en su calidad de particular como celebró el negocio. Afirma además, el segundo, que esos dos mil pesos fueron devueltos al señor Núñez mediante un cheque a cargo del Banco Mercantil Americano, cheque que destruyó Núñez diciendo que después arreglaba con Hijos de Diego Escobar & Compañía.

Durante el término probatorio se practicó una inspección ocular en la oficina del Banco Mercantil Americano, y al efecto se encontró esta constancia, para lo cual se transcribe la parte respectiva, a saber:

"...Una vez allí, el señor Gerente de dicho Banco presentó el cheque de que habla el numeral primero del memorial de pruebas, cheque que a la letra dice:

"Número 240.338—Medellín, agosto 23 de 1920.

"Banco Mercantil Americano de Colombia—Inc.

"Páguese a Hijos de Diego Escobar & Compañía o a su orden, la cantidad de dos mil pesos oro legal.

"Compañía Ganadera de Antioquia.

"**Carmelo Núñez**, Gerente.

"Ese cheque tiene al través un sello que dice:

"Depósito—Cuenta corriente—Moneda corriente. Y está perforado por el Banco, así: P. A. S. D. (Pagado). Aparece en el mismo cheque un recibo firmado así: Hijos de Diego Escobar & Compañía.

"Semejante prueba, no infirmada en modo alguno por la contraparte, satisface plenamente para demostrar que es cierto y verdadero el cargo que se formula en la demanda. Es imposible desconocerle a esa pieza su mérito, máxime cuando por el otro lado hay ausencia completa de pruebas. Es de mucha significación la especificación que lleva el cheque descrito y está acorde con el fundamento del libelo."

En síntesis, Jesús Escobar T. hizo expresa confesión de haber recibido en préstamo los dos mil pesos ($ 2,000) oro, aunque explicada respecto a la calidad en que obró, tanto él como su prestamista, al decir que lo hicieron por amistad personal, esto es, particularmente y no a nombre de las expresadas compañías. El cheque inspeccionado, es verdad, no acredita por sí sólo el contrato de mutuo, según el artículo 10 de la citada Ley 75; pero hace fe en cuanto al retiro de los fondos hecho por la persona a cuya orden fue extendido, es decir, de la Compañía demandada en este caso, para venir a sincerar lo aseverado en la demanda y redargüir con ello la modificación explicativa del confesante Escobar T. Verdad es asimismo que tal cheque no figura original en los autos; pero el Juez y los testigos actuarios que practicaron la inspección ocular tomaron copia auténtica del original del cheque y vieron en el mismo cheque un recibo firmado así: **"Hijos de Diego Escobar y Compañía;"** y como respecto de los hechos que pasan en presencia del Juez, el Secretario y los testigos, hace plena prueba la diligencia de inspección (artículo 733 del Código Judicial), es evidente que al pie del recibo de los dos mil pesos, puesto en el cheque, figura la firma de los expresados señores Hijos de Diego Escobar y Compañía, quienes quedaban, por lo mismo, sujetos, para la infirmación de ese documento, al precepto contenido en el artículo 694 del Código citado, que dice:

"Un documento se tendrá por reconocido cuando, habiendo obrado en los autos de un juicio con conocimiento de la parte que lo firmó o de su apoderado, no se ha objetado o redargüido de falso en tiempo oportuno para que la parte que lo presentó hubiese podido probar su legitimidad."

Ahora bien, que la confesión de Escobar T. sea o nó indivisible, cuestión es que no incumbe a la Corte examinar, desde luégo que por ese concepto no se formuló cargo alguno contra la sentencia recurrida.

El recurrente arguye luégo la violación del artículo 1769 del Código Civil, fundado en que las posiciones absueltas por Carmelo Núñez, Jesús Escobar T. y Basiliso Mejía, liquidador de la Compañía demandante, comprueban que el negocio no se celebró entre las dos sociedades sino particularmente entre Núñez y Escobar T., bajo sus propias y personales responsabilidades; en que el alcance de la confesión hecha por la parte demandada aparece con mayor claridad de la respuesta dada por Mejía al absolver la segunda pregunta del pliego correspondiente, y en que todo ello está corroborado por la actitud vacilante de la Compañía actora antes de iniciar este pleito, en cuanto exigió primeramente el pago de la suma a Jesús Escobar y al propio ex-Gerente Núñez, a cuyo efecto los interrogó en posiciones, por las cuales confesaron el hecho de ser ellos solidariamente sus deudores, y no la sociedad demandada.

Orsérvase:

No es exacto que Núñez diera al préstamo el carácter particular que le atribuye el recurrente, ni se declarara personalmente responsable de la deuda aludida: con toda claridad, antes bien, expresó que los dos mil pesos ($ 2,000) a que se refiere el interrogatorio los entregó la Compañía Ganadera de Antioquia en un cheque a favor de "Hijos de Diego Escobar y Compañía"; y que tal suma no la adeudaba el absolvente sino Escobar T. o esta última sociedad. Tampoco es exacto lo aseverado en relación con la respuesta dada por Basiliso Mejía a la pregunta que se anota y cuyos textos son del tenor siguiente:

"¿Cómo es cierto, sí o nó, usted sabe que la deuda que la Compañía Ganadera de Antioquia cobra en este juicio a Hijos de Diego Escobar y Compañía, fue contraída por Jesús Escobar T. en su propio nombre, para con Carmelo Núñez particularmente?" "No me consta. El señor **Jesús Escobar** sé presentó en las oficinas de la Compañía Ganadera de Antioquia a **tomar en préstamo** una suma de dinero, la cual se le entregó por orden de don **Carmelo Núñez** de los fondos de dicha Compañía."

Como se ve, el absolvente contestó rotundamente que no le constaba el hecho que dice el autor del recurso está probado en las posiciones. Ahora, la circunstancia de que se hubiera presentado el señor Jesús Escobar T. en las oficinas de la Compañía Ganadera de Antioquia, a tomar en préstamo una suma de dinero, la cual se le en-

trego de los fondos de la Compañía Ganadera, no demuestra que lo hiciera en su propio nombre, siendo de advertir que en las mismas posiciones agrega el absolvente que la deuda fue cargada a Hijos de Diego Escobar & Compañía, en los libros de dicha Compañía Ganadera.

Cumple anotar, por último, que las diligencias relativas a las mencionadas posiciones se acompañaron a la demanda en copia como prueba de la acción instaurada, sin constar de su letra que el pago de la deuda en cuestión se haya exigido a terceras personas. Y aunque así no lo fuera, si con ello se intenta señalar como exclusivamente responsable de esa deuda a Escobar T., la parte demandada bien pudo introducir a su debido tiempo la excepción procedente (artículo 467, número 2º del Código Judicial), o comprobar el hecho ulteriormente para que el Juez a **quo** o el Tribunal hubiera podido declarar la inexistencia de la obligación, con arreglo al artículo 51 de la Ley 105 de 1890. No apareciendo lo uno ni lo otro, precisaba alegar en casación el error evidente de hecho en que hubiera incurrido el Tribunal al apreciar las pruebas existentes, supuesto que debe descartarse por las razones ya anotadas, sin optar para ello la disconformidad que se ha advertido en cuanto al número del cheque y el señalado en la demanda.

Alégase asímismo la violación del artículo 321 del Código Judicial, pues aun admitido, dice el recurrente, que el mencionado cheque fuera un indicio del negocio, la actitud vacilante de la parte actora en cuanto al verdadero deudor, implica a lo menos serias dudas de que el préstamo se hubiera formalizado legalmente entre las dos sociedades, dudas que debieron ser resueltas en favor de la parte demandada.

Se observa:

Incumbe al Juez de instancia, en vista de las pruebas aducidas por una y otra parte, apreciar todo caso en que debe decidirse la litis con aplicación al citado artículo 321 del Código Judicial, y por lo mismo, apreciaciones semejantes no pueden destruirse en casación mientras no se demuestre un error evidente de hecho o un error de derecho que haya ocasionado tales dudas.

En último lugar se ataca el fallo recurrido por indebida aplicación de los artículos 590 y 585 del Código Judicial y por errores manifiestos de hecho en la apreciación de las probanzas: lo primero, porque a ello equivale, según dice el recurrente, fundar una condenación en meros indicios, que sólo constituyen verdadero fundamento cuando aparecen enlazados entre sí y concurren todas a demostrar sin dejar duda la verdad del hecho controvertido; lo segundo, porque el Tribunal estimó comprobado el referido préstamo sin estarlo realmente, lo propio que el abono en bienes muebles por valor de trescientos treinta y tres pesos ($ 333), hecho que negó la sociedad demandada.

Considérase:

Según la parte del fallo que se deja preinserta, no fueron meros indicios sino la propia confesión de Escobar T. el fundamento principal del fallo recurrido. Ante esa prueba, quedaba la cuestión contraída a elucidar la calidad en que obraron ambos contratantes, y esta calidad se vino a esclarecer expresamente con el texto del referido cheque, girado a favor de Hijos de Diego Escobar & Compañía. Las otras consideraciones del Tribunal contribuyen a reforzar tal conclusión, sin haberse erigido en base cardinal de la sentencia, serie alguna de indicios.

Verdad es, sí, que el fallo de primera instancia aparece fundado desde tal punto de vista, pero ello no destruye los fundamentos del de segunda instancia. Y si debe entenderse que el Tribunal sentenciador prohijó en cierto modo las razones del Juez, la Corte no estima tampoco que por ello haya incurrido en error manifiesto de hecho.

Esta corporación ha dicho:

"La ley ha dejado amplia facultad al juicio y conciencia del juzgador para apreciar la fuerza probatoria de los indicios concurrentes y establecer así presunciones distintas de aquellas que la ley expresamente establece. Impenetrable desde luégo es a menudo el grado de ascenso mental con que esa prueba induzca hacia la respectiva conclusión; y, por lo tanto, no puede rechazarse en casación. Según lo dicho, mientras no se comprueba error de hecho evidente, como sucedería si los indicios no estuvieren probados o fuesen desvanecidos totalmente (lo que no ocurre ahora), o, aunque probados no dijeran ninguna relación a lo que se pretende dar por establecido. Conforme estos conceptos, hay además abundante jurisprudencia de la Corte."

La Corte no halla tampoco procedente atacar como error de hecho el abono que se dice efectuado en bienes muebles por valor de trescientos treinta y tres pesos ($ 333), en atención a que la parte demandada lo ha negado. Es indudable que, probada la falsedad del hecho, podría el caso prestarse a consideraciones de otro género; pero, no estándolo, el punto no tiene más alcance que el de una confesión del propio actor para restringir lo que se pide a la diferencia resultante entre el valor de la deuda total y dicho abono.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **resuelve:**

No es casable la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito de Medellín, con fecha veintiocho de junio de mil novecientos veintisiete.

Condénase a la parte recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Jiménez).

Vistos:

En el presente juicio, seguido por Ana María Vera de Rico contra Antonio Rico, sobre nulidad de unos contratos de compraventa, la Sala discutió y aprobó, el trece de octubre del corriente año, el proyecto de sentencia definitiva que decidía el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segundo grado, proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el ocho de octubre de mil novecientos veintisiete.

Debido a la renuencia de las partes a suministrar el papel sellado correspondiente, el señor Secretario tuvo

que requerirlas, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 17 de la Ley 39 de 1921. Como según informe de la Secretaría, está vencido el término de treinta días que señala la disposición legal citada, sin que las partes hayan traído el papel sellado que se les exigió, es el caso de dar aplicación a lo que preceptúa esa disposición; y en tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara ejecutoriada la sentencia recurrida.

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

TANCREDO NANNETTI — Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Por auto dictado en este proceso el día treinta de julio del corriente año, se ordenó dar el expediente en traslado a la parte recurrente por el término legal de treinta días, para los efectos indicados en el artículo 151 de la Ley 40 de 1907. La notificación se hizo por edicto que fue desfijado el sábado dos de agosto siguiente, y, en consecuencia, el término del traslado comenzó a correr el ocho de ese mes.

El once de septiembre último el doctor Emiliano Arcila L. presentó personalmente ante el Tribunal Superior de Manizales un escrito de esa misma fecha en el cual funda el recurso interpuesto.

Ese escrito llegó a la Secretaría de la Corte el veintidós del citado mes de septiembre, remitido por correo junto con el expediente que el expresado doctor Arcila había sacado de la misma Secretaría el doce del mes anterior.

La parte no recurrente, en escrito presentado a esta Superioridad el primero de los corrientes, dice:

"Acompaño un certificado expedido en legal forma por el señor Secretario de esa honorable corporación, con el cual acredito que del dos de agosto al veinticuatro de septiembre último, transcurrieron cuarenta y cuatro días legalmente hábiles para la Sala de Casación.

"El certificado demuestra:

"a) Que si el día dos de agosto último se desfijó el edicto por el cual se notificaba el auto que ordenó entregar el proceso a la parte recurrente, contados desde la ejecutoria de ese auto (tres días después), para que dentro de treinta días perentorios siguientes fundara el recurso.

"b) Que si el veinticuatro de septiembre habían transcurrido cuarenta y cuatro, el día veintidós, en que llegó el proceso a la Secretaría de la Corte Suprema, según informe del señor Secretario que figura en los autos, habían transcurrido cuarenta y dos hábiles. Descontados los tres de la ejecutoria, tenemos que el proceso llegó a la Corte con la demanda fundada (pero no debidamente como lo demostraré oportunamente en caso necesario), a los treinta y nueve días y nó a los treinta, que en forma perentoria señala el artículo 151 de la Ley 40 de 1907.

"Luego es el caso de declarar abandonado o desierto el recurso."

Para resolver esta petición se considera que, si bien es cierto que en los casos en que la ley exige, como garantía de autenticidad, que un escrito sea presentado personalmente por quien lo autoriza ante el Juez o Tribunal que conoce o ha de conocer del asunto, esa formalidad queda surtida en la fecha en que dicha persona hace esa presentación ante el Juez o Tribunal de su residencia; no existe ninguna disposición que autorice para ejecutar válidamente ante cualquier Juez o Tribunal de la República, no comisionado al efecto, actos que en la secuela de un juicio han de cumplirse ante la autoridad judicial del conocimiento. Graves problemas surgirían en el procedimiento judicial si llegare a consagrarse la validez de tales actos.

La presentación del escrito en que el recurrente funda su recurso, en el caso que contempla el citado artículo 151 de la Ley 40 de 1907, ha de hacerse ante la Corte dentro del perentorio término allí fijado, y no queda satisfecho este indispensable requisito si aquella presentación se hace ante otra autoridad y dicho escrito no llega a la Corte dentro del término legal.

Así, pues, como queda visto, que el escrito de que se trata llegó aquí cuando ya había expirado el término fijado para fundar el recurso, y como éste no se fundó ante el Tribunal en el tiempo en que fue interpuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de casación propuesto por Dionisio Jaramillo contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el ventitrés de abril de mil novecientos veintinueve, en el juicio ordinario sobre reivindicación de una casa, que contra el recurrente propuso Ramón Gómez.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A. — Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, enero veintiocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

En las primeras horas de la noche del veintiuno de noviembre de mil novecientos veintiséis, y en el sitio denominado La Carbonera, en jurisdicción del Municipio de Palmira, fue ultimado Eugenio Vélez.

Se sindicaron como responsables del homicidio a José Dolores Rivas, Fermín Rivera y Laureano Pérez Borrero, quienes fueron llamados a juicio oportunamente, y después de surtirse los trámites correspondientes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha febrero doce del año próximo pasado, confirmó la sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juzgado Superior, en cuanto condenó a Fermín Rivera y José Dolores Rivas a la pena principal de veinte años de presidio,

y la revocó en cuanto a la condenación de Laureano Pérez Borrero, por estimar que el veredicto había sido injusto; este acusado fue más tarde absuelto.

Contra la mencionada sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el condenado José Dolores Rivas, quien alegó varias causales, entre ellas, la de estar viciado el juicio de nulidad sustancial, por haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, de que trata el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 78 de 1923.

Como la Corte encuentra justificados los fundamentos en que tal causal se apoya, por las razones que ahora se verán, limita su estudio a ella; pues existiendo nulidad en el procedimiento, la decisión de fondo desaparece, y es, por tanto, el análisis de esa causal el que se impone de preferencia; así lo pide la lógica jurídica. Además, en virtud de lo que dispone el artículo 11 de la Ley 90 de 1907, si se encontrare justificado un motivo de casación, comprensivo de todo el fallo, anulará éste **sin necesidad de entrar en consideraciones acerca de otros motivos.**

Queda así explicado porqué no se trata, por ejemplo, lo relacionado con la injusticia notoria que se plantea en la demanda de casación.

Se alega por el recurrente que se incurrió en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, lo que está previsto como nulidad por el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887. Se hace consistir esa nulidad en que el auto de proceder no mencionó, ni determinó el delito o delitos por los cuales se interrogó más tarde al Jurado, y se agrega:

"..... el honorable Tribunal, en su auto revocatorio de veintiséis de octubre de ese mismo año, sostiene que, en sentir del Tribunal, tal error no es legalmente una causal de nulidad, sino una irregularidad. Nuestra Constitución dispone: que nadie pueda ser juzgado sino con las formas propias de cada juicio y con la plenitud de la ley. Existiendo una irregularidad de fondo, esencial, para la definición del delito y la responsabilidad, y poniendo puentes para salvar el obstáculo, pregunto: ¿habrá plenitud de la ley en el procedimiento? No la hay; y juzgar y condenar a pena aflictiva a un individuo procediendo de esa manera, se comete una arbitrariedad, se comete flagrante injusticia; porque se viola la ley procedimental, apartándose del camino que la ley le ha trazado de modo imperativo, y consecuencialmente se atenta contra la seguridad individual, que es inviolable."

Se considera:

La parte resolutiva del auto de proceder es del siguiente tenor:

"En mérito de las razones expuestas, el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Cali, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, abre causa criminal, por los trámites ordinarios y con intervención del Jurado, por los delitos que definen y castigan los capítulos 1º, Títulos 1º y 3º, del libro 3º, del Código Penal, contra José Dolores Rivas, de veintitrés años de edad, natural y vecino de Palmira, soltero, jornalero y católico, apostólico, romano; contra Laureano Pérez Borrero, hijo natural de Juana Borrero y Pantaleón Pérez, de treinta y cinco años de edad, soltero y natural y vecino de Palmira; contra Fermín Rivera, de cuarenta y ocho años de edad, natural de Tuluá y vecino de Palmira, soltero y agricultor. En consecuencia, exíjaseles que nombren defensor si no se defienden por sí mismos, o se les nombrará de oficio."

El Tribunal de Cali, en auto de fecha octubre veintiocho de mil novecientos veintiocho, al referirse a esta nulidad, que desde entonces se alegó, consignó lo siguiente:

"Examinado el expediente en armonía con las precedentes consideraciones, se ha obtenido la convicción de que, efectivamente, el señor Juez, en su auto de fecha ocho de agosto de mil novecientos veintisiete, llamó tácitamente a juicio a los acusados José Dolores Rivas, Laureano Pérez Borrero y Fermín Rivera, por los delitos de homicidio y robo, puesto que sólo se atuvo a citar los capítulos y Títulos del libro respectivo del Código Penal, faltando así a la expresa disposición del artículo 345 de la Ley 105 de 1890, que dice que en el auto de proceder se debe expresar el nombre del delito por que se procede, lo que en sí constituye una irregularidad."

La formulación de cargos de una manera tácita en el auto de proceder, no puede constituír una simple irregularidad, como lo sostiene el Tribunal; el auto de proceder, como ya ha tenido ocasión de expresarlo esta Sala, repetidas veces, constituye la demanda que el Juez, en nombre del poder social, presenta contra el acusado para que éste se defienda, y nadie, ni aun en materias civiles, puede contestar o defenderse de tácitos pedimentos o declaraciones. En cuestiones civiles es necesario consignar con la mayor nitidez qué es lo que se pide, y en las penales en que se ventilan intereses de un orden más elevado, se impone severamente la necesidad de que el acusado conozca con la mayor claridad y precisión, cuál o cuáles son los cargos por que debe responder; pues de otra suerte no se cumple con el mandato constitucional, que dispone que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

El Tribunal sentenciador, en providencia de fecha abril veintitrés de mil novecientos veintinueve, al referirse a esta misma cuestión, dijo:

"La primera cuestión, que también fue propuesta cuando por primera vez subió el expediente al Tribunal, fue por éste resuelta en su fallo de veintitrés de octubre de mil novecientos veintiocho, en el sentido de que era indudablemente una irregularidad pero no una nulidad, y el Tribunal insiste en esa opinión; pues si bien es verdad que el artículo 345 de la Ley 105 de 1890 dispone que se enuncie el delito con la denominación que le da el Código Penal, también lo es que la determinación o especificación del capítulo, título y libro indican de qué delito o delitos se trata, sobre todo en casos como el actual, en que en el respectivo capítulo sólo se trata de un delito; pues en el 1º del Título 1º, Libro 3º, del Código citado, únicamente se contempla el homicidio, y en el 1º del Título 3º del mismo libro, el delito de robo, de manera que no hay lugar a dudas; lo que no ocurriría cuando en un mismo capítulo se comprenden varios delitos; así, por ejemplo, si se llamase a juicio a un individuo, de acuerdo con el capítulo 9º del Título 1º, podría dudarse del género del delito, pues allí se comprenden el adulterio, el estupro alevoso y la seducción, y eso que la discriminación que se hubiese hecho en la parte motiva del auto podría servir para saber de cuál delito se trataba. No hay, pues, en el sentir del Tribunal, nulidad por 'no haberse dado al delito ninguna denominación genérica,' como lo anota la defensa."

Quizá podría tener razón el Tribunal en sus anteriores apreciaciones, si la parte motiva del auto de enjuiciamiento hubiera hecho la discriminación necesaria, detallando los elementos del cuerpo del delito y de la responsabilidad por los dos delitos de homicidio y robo, mas en la parte expositiva de esa providencia se guardó silencio acerca de este último delito.

Podrá argüirse que, habiendo sido contestado de una manera negativa el cuestionario, relativo al delito de robo, y habiendo mediado, por tanto, absolución por ese cargo, es inútil, por sustracción de materia, examinar los diferentes vicios de que pueda adolecer el auto de proceder por ese aspecto.

A esto se contesta que, en el presente caso, los delitos están íntimamente relacionados, por lo menos en la forma como se ha tramitado el negocio. Así, se observa que mientras el segundo cuestionario referente al homicidio, y que fue contestado afirmativamente, contiene la circunstancia del robo, el cuestionario que posteriormente se presentó por este delito, fue totalmente negado, aun considerando ese hecho delictuoso como simple móvil del homicidio, dada la manera como se redactó la pregunta.

En tales condiciones, es arbitrario y puede conducir a graves errores, el separar la actuación para deducir que estuvo bien dirigida, por lo que hace al delito de homicidio, y que no lo estuvo en cuanto al robo.

La nulidad de que trata el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, en relación con el artículo 345 de la Ley 105 de 1890, debe decretarse, por los motivos expresados, desde el auto de proceder, inclusive.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida el fallo recurrido, y en su lugar declara nula la actuación desde el auto de proceder, inclusive, en adelante.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Trujillo Arroyo, en el fallo que precede.

El proyecto de sentencia que me correspondió formular en el presente asunto, llegaba a la conclusión de infirmar el fallo recurrido por motivos de fondo, y sobre la base de la causal 1ª Esta tesis no fue aceptada por la mayoría de la Sala, y como las razones que ella expusiera en la discusión no prevalecieron en mi ánimo sobre las que tuve en cuenta al formular mi proyecto después de un detenido estudio del proceso, muy respetuosamente salvo mi voto.

La demanda enumera una tercera causal—que en realidad no es sino un segundo motivo de la primera invocada—y es precisamente este motivo, el de que el Tribunal estuvo en el deber de declarar la injusticia notoria del veredicto contra José Dolores Rivas, atendiendo las peticiones de las partes, el que en mi opinión se halla plenamente demostrado, y el que, por lo mismo, justificaría con igual plenitud la casación de la sentencia condenatoria, en lo que es materia del recurso.

El proyecto estudió la cuestión así:

"La demanda contiene otra causal, que en realidad no es sino un segundo motivo de la causal 1ª, esto es, la alegación sobre injusticia notoria del veredicto, por lo cual es el caso de estudiar en este lugar el problema propuesto.

"Para demostrar la injusticia notoria del veredicto, la demanda afirma nuevamente que la responsabilidad de Rivas no está acreditada en el proceso con prueba de ninguna clase, y que los indicios admitidos en el fallo condenatorio como prueba de esa responsabilidad, tales como las contradicciones en que incurrió el procesado dentro de la secuela procedimental, los cigarros que se dice portaba Rivas aquella noche, iguales a los que encontraron junto al cuerpo del occiso, la huella de un pie de longitud igual a las encontradas en la tierra removida junto al hoyo donde no se alcanzó a enterrar del todo, medio vivo, a Eugenio Vélez, y la peinilla manchada de sangre que se le encontró a Rivas cuando fue aprehendido, lo mismo que la admiración del nombrado Rivas, que se dice salió de sus labios, a manera de improntu, sobre la magnitud del machetazo recibido por la víctima, sin que él hubiera visto todavía la herida, indicios que motivaron la condenación, no tienen, en sentir del recurrente, la consistencia y conexión necesarias para que exista la prueba, y continúa así:

'Para corroborar mi dicho, basta copiar las conclusiones del mismo Tribunal que confirma el inicuo fallo, dice así:

'Como se deja dicho, y analizado bien, pudo llevar a los Jueces de hecho a las conclusiones que llegaron (sic) respecto del procesado Rivas; pues no son pocas y de peso sus contradicciones. Hay indicios como el de los cigarros y la peinilla, que son muy significativos, y aun cuando hay testimonios que tienden a la coartada, algunos declarantes no precisan bien la hora inicial.....'

'Como se ve—continúa la demanda—en el proceso las contradicciones a que se refiere el fallo, no tienen el valor probatorio que sistemáticamente se les da, tal como ésta: que en la primera indagatoria manifestó que no conocía a Fermín Rivera, otro de los acusados, y que en indagatoria posterior dijo que lo conocía. Se ve que no se examinó el fondo de estas manifestaciones, y que no fueron analizadas con recto criterio. Si en la primera declaración sostuve no conocerlo, es porque verdaderamente no lo había visto, ni tratado, ni siquiera oído nombrar; en la segunda, al ser interrogado sobre este punto, mal podía sostener lo mismo, estando ya juntos presos en la cárcel, tratándonos y viéndonos a cada instante, de día y de noche. En cuanto a la peinilla y los cigarros, son sospechas aviesas, suposiciones peregrinas, porque para llegar a las conclusiones a que llega el honorable Tribunal, y para que sirvieran de punto de apoyo o fundamento para la convicción de los Jueces de hecho, era necesario que estuviera probado en la causa en alguna forma que yo era la única persona que tenía o negociaba con esa clase de cigarros y ninguna otra persona; era necesario que se declararan inadmisibles las pruebas de los testigos, en número plural, que aseveran a qué horas recibí la peinilla que se ha tomado como instrumento homicida, de manos de Justiniano Vega, para marcharme para el pasaje de Rozo a la conducción de un poco de tabaco, como así lo aseveran los demás testigos. En cuanto al rastro o identidad de mi pie, por la medida, no está probado con un reconocimiento pericial científico, para que sea una prueba axiomática.'

"Y concluye pidiendo que se revoque el fallo condenatorio.

"Para resolver, se considera:

"Por regla general el veredicto del Jurado es intocable para la Corte, porque carece de facultad inmediata y directa para hacer la declaración de injusticia notoria, lo que está atribuído por la ley a los juzgadores de instancia. Sólo, por excepción, cuando el Tribunal no ha hecho aquella declaración, a pesar de pedirlo así alguna de las partes, y cuando, al propio tiempo se demuestre que por no acceder el Tribunal, violó la ley sustantiva, puede la Corte entrar por este aspecto al estudio de la cuestión, y declarar, si es el caso, la injusticia notoria del veredicto por ese medio indirecto, que se funda en una doctrina de gran trascendencia, y destinada a salvaguardiar garantías primordiales, consagradas en la Constitución Nacional.

"Tal doctrina es la misma acogida unánimemente por la Sala cuando tuvo oportunidad de exponerla en la sentencia que profirió en la casación de Rafael Vásquez, con fecha veinticuatro de febrero último, y que con posterioridad sostuvo incidentalmente en los considerandos del fallo del veintiuno de julio del mismo año, que dictó para poner fin al recurso de casación interpuesto por Félix Mafla.

"En el primero de tales proveídos se lee:

'Aunque es verdad que, según el artículo 3º, causal 1ª, Ley 78 de 1923, es motivo para interponer el recurso de casación la violación de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar; y que de acuerdo con los artículos 11 y 12 de la misma Ley, relacionados entre sí y con el tercero citado, el reconocimento o justificación de la primera de las causales de casación de que aquí se trata, trae como consecuencia el que el fallo se invalide y se dicte el que deba reemplazarlo; no tratándose en el presente caso y de modo directo de violación de la ley penal sustantiva, sino de omisión de un deber impuesto por la ley a los Jueces y Tribunales, quienes han de declarar la injusticia notoria de los veredictos cuando fueren contrarios a la evidencia de los hechos probados; deber que constituye para los enjuiciados un derecho que garantiza la aplicación correcta de la ley sustantiva, la Corte se ve obligada a reconocer la existencia del motivo de casación establecido en la causal 1ª del artículo 3º, en estos casos, bien por lo ya expuesto, ora porque si bien es cierto que no se trata de la aplicación de la ley penal sustantiva, sí se refiere el caso al cumplimiento de un deber que garantiza la aplicación correcta del derecho, y es una medida que en cierto modo garantiza el correcto obrar de los Jueces de hecho, siendo a la vez una formalidad propia del juicio que debe cumplirse de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución.'

"Y después de transcribir los artículos 50, Ley 169 de 1896, 61 ibídem, y 163 de la Ley 40 de 1907, sigue diciendo aquel fallo:

'Es inútil insistir en que la demostración de que la declaración de injusticia de un veredicto, cuando sea contrario a la evidencia de los hechos probados, es un deber de los Jueces y Tribunales, siempre que el proceso se halle a su conocimiento por obra de la instancia o de recurso legalmente interpuesto, porque la diafanidad de estas disposiciones así lo proclaman.'

"En el presente caso de José Dolores Rivas, tanto el acusado como el señor Fiscal del Tribunal (funcionario que supo ponerse a la altura de su deber, y quien se dio cuenta cabal del grave problema planteado en este proceso, en contraste con la actitud de los otros agentes del Ministerio Público que han intervenido en el debate), hicieron uso del derecho de pedir al Tribunal la declaración de injusticia notoria del veredicto, por no estar demostrada la culpabilidad declarada por el Jurado.

"El Tribunal sustentó la tesis contraria en los siguientes términos:

'**José Dolores Rivas.** También se le nombra en el acta de inspección del funcionario instructor; pues al efecto, se lee lo siguiente:

'Como a eso de las dos de la mañana, y momentos después de haberse efectuado el asesinato, en el sitio de **Montecarlo**, en esta ciudad, fue capturado por los agentes Jesús A. Castillo y Víctor Valencia, el señor José Dolores Rivas, individuo de pésimos antecedentes, y quien se encontraba en estado de embriaguez, con los pantalones arremangados, los pies embarrados con barro negro y con una peinilla terciada debajo del saco; al ser sacada ésta, fueron notadas en ella manchas recientes de sangre; poco después le fue medido el pie a Rivas, mide exactamente veinticinco centímetros, coincidiendo así con la medida tomada en una de las huellas encontradas al pie del hoyo.' Se refiere al hoyo en donde estaba Vélez.

'En sus indagatorias expuso: que el veintiuno de noviembre de mil novecientos veintiséis, como a las seis de la tarde, había salido de su casa, en **Callejónmocho**, y había ido a la de Justiniano Alvarez o José Vega, y allí había permanecido hasta las diez de la noche, hora en que se fue a casa de Celso Chacón, y allí permaneció tomando licor como hasta las doce; se dirigió luégo al establecimiento de **Montecarlo**, y allí se estuvo hasta que lo capturó la policía; dijo que no había conocido a Eugenio Vélez, ni conocía a Laureano Pérez, pero sí a Fermín Rivera; negó haber lanzado la expresión 'carajo, el machetazo,' al acercarse al cadáver de Vélez y antes de verle las heridas.

'Al ampliar la indagatoria, quince días después, dijo que de las ocho de la noche del veintiuno de noviembre, a la una de la mañana del veintidós, se había ocupado en transportar unas arrobas de tabaco del sitio de Rozo a Palmira, pertenecientes a Justiniano Vega; que al desocuparse a aquella hora se había ido al establecimiento de **Gato Negro**, algo ebrio, y allí se embriagó más, habiendo sido detenido por la policía como de dos a tres de la mañana. Más tarde dijo que la sangre que tenía la peinilla que le tomaron había provenido de una herida que se había inferido al arreglar un palo, y también porque con ella había cortado un pedazo de hígado.

'Como en el lugar de la comisión del delito se hubiesen encontrado unos cigarros lavados, y Rivas le vendió ciento cincuenta (150) a Gentil Pedrosa la noche a que se remonta la investigación, al interrogarlo al respecto dijo (folio 13, cuaderno 1º), que los había comprado el veintiuno de noviembre a una mujer de Palmira; a foja 19 manifestó que dos de los individuos que lo acompañaban, al conducir el tabaco desde Rozo, los habían arrojado al automóvil; a foja 130 expuso que provenían de la cigarrería de donde había llevado el tabaco, y a foja 131, vuelta, dijo como aclaración de esas contradicciones, que provenían de la citada cigarrería, y que había dicho que

los había comprado, por no confesar que aquella noche había andado transportando tabaco de contrabando.

'Jesús A. Castillo, agente de la Policía Departamental, dice que al dirigirse al teatro de los acontecimientos, encontraron en **Montecarlo** a José Dolores Rivas, con peinilla en mano, provocando a riña, y que por su aspecto les infundió sospechas, pues estaba con los pantalones remangados, los pies embarrados y una peinilla bajo el saco, y fue aprehendido; también dice que cuando se acercó al cadáver de Vélez, y sin ser visibles las heridas, exclamó: 'carajo, el machetazo'; esto mismo lo afirma Alfonso Velasco, por haberle oído proferir esas palabras.

'A foja 12, vuelta, (cuaderno 1º), confesó Rivas conocer a Concepción Plaza, puesto que dice que ya preso se acercó donde ella a solicitarle una tasa de café; y a foja 130, vuelta, dijo que no la conocía; en el folio primeramente citado manifestó que conocía de tiempo atrás a Fermín Rivera, puesto que al preguntárselo, contestó: 'sí, señor, lo conozco, pero no he tenido ningunas relaciones con él,' y, sin embargo, a foja 130, vuelta, expuso que solamente lo había conocido el día en que lo aprehendieron, por haberlo visto en el cuartel de la Policía.

'Como en las indagatorias de Rivas hubo, según se vio antes, contradicciones en cuanto al lugar en donde había estado desde las seis de la tarde del veintiuno de noviembre de mil novecientos veintiséis, hasta la una de la mañana del veintidós, y sus ocupaciones; pues primero dijo que había estado entre su casa, la de Justiniano Alvarez o José Vega, la de Celso Chacón y el establecimiento de **Montecarlo**, y después manifestó que había estado transportando unas arrobas de tabaco de Justiniano Vega, de Rozo a Palmira, y que después había ido al establecimiento del **Gato Negro**; se hicieron venir al debate las declaraciones que en seguida se analizan:

'José Antonio López dice que estuvo con Rivas desde las ocho de la noche del veintiuno de noviembre ya citado, hasta la una de la mañana del día siguiente, en la movilización del tabaco; lo mismo deponen Guillermo Chacón, Belisario Martínez y Justiniano Alvarez; Pedro Pablo Mendoza dice que en la madrugada del veintiuno al veintidós de noviembre lo vio llegar en automóvil a **Gato Negro.**

'Los médicos legistas en Palmira reconocieron una peinilla, en la cual encontraron una mancha violácea sobre el borde cortante, como de diez y siete centímetros de extensión; mancha de sangre, según detenido examen, y concluyeron que aunque no era posible determinar si era humana, sí podrá sospecharse tál, 'porque para herir otro animal sería exótico el empleo de esta arma en esta forma.'

'El doctor Domingo Irurita, uno de los médicos, declaró después que la mancha violácea de la peinilla coincidía en extensión con la de una de las heridas que tenía en el cráneo Eugenio Vélez, y que de su consultorio se perdió dicha arma.

'Como se decomisaron dos peinillas, una de Rivas y otra de Rivera, el Jefe de la Policía declaró que no recordaba cuál de ellas había sido la enviada a los médicos legistas, y Eduardo Calero, subalterno de aquél, depone que le parece que la peinilla examinada por los médicos fuera de Rivas; pero agrega que sí recuerda que el individuo a quien se le tomó la peinilla con sangre, había dicho que ella provenía de una herida que se había hecho al labrar un palo, y ya se vio que fue Rivas quien dijo eso en su indagatoria, y también que había cortado con ella un pedazo de hígado.

'Daniel Gómez declara que en la cárcel le dijo Rivas, cuando éste ingresó a ella, que la mancha de sangre provenía de haber cortado un pedazo de hígado que había llevado a su mujer, y que dos o tres días después le había manifestado que provenía de una herida que se había hecho al arreglar un palo, y que al verle la cicatriz, observó que era apenas 'un rayoncito imperceptible, completamente seco.'

'Rivas dijo que la peinilla se la había dado Justiniano Vega por la tarde del veintiuno de noviembre, y que la herida se la había inferido a las seis de la tarde, al labrar un palo, pero Justiniano Alvarez, no Vega, declara que la peinilla no se la prestó en la mañana de ese día, sino por la noche, a tiempo de irse para Rozo, y por eso el Juez, en el auto de proceder, razona así:

'Ahora bien: según el mismo sindicado, el automóvil que lo condujo al paraje de Rozo partió de Palmira a las siete u ocho de la noche, hora ésta en que le fue entregada la peinilla de manos de Vega. Luego ¿cómo pudo causarse la herida a las seis de la tarde, con la misma peinilla de Vega, cuando ésta sólo le fue entregada en la casa de Vega y no en la del sindicado, en el momento de partir el automóvil?'

'Hay más aún: en un memorial de pruebas pedidas por Rivas (folio 41, cuaderno 2º), pidió la declaración de Julia Muñoz, quien no declaró, para que dijese cómo era cierto que en el memorado veintiuno de noviembre, a eso de las cinco de la tarde, al llegar la hora de irse al transporte de tabaco, se había herido el peticionario con una peinilla que cogió para arreglar un palo.

'En el plenario declaró Fortunato Méndez que no recordaba haber llevado en automóvil, con otros, a Rivas en la citada noche; y Manuel María Nieva expone que tampoco recuerda haber andado en automóvil con Rivas, ni conocerlo, ni haberlo acompañado a **Gato Negro.**

'Cuanto se deja dicho y analizado bien pudo llevar a los Jueces de hecho a las conclusiones a que llegaron, respecto del procesado Rivas; pues no son pocas y de peso sus contradicciones. Hay indicios, como el de los cigarros y la peinilla, que son muy significativos, y aun cuando hay deposiciones testimoniales que tienden a la coartada, algunos de los declarantes no precisan bien la hora inicial, y otros, como los del plenario, no recuerdan haber estado con Rivas, y hay uno que dice no conocerlo, y sin embargo, fue citado por él.'

"'Tal es el fundamento de la condenación. Y verdaderamente, el Tribunal erró de hecho y de derecho al apreciar las pruebas del proceso, deduciéndole responsabilidad criminal a José Dolores Rivas por el asesinato de que se trata. Los indicios que aprecia la sentencia para llegar a tal conclusión no tienen verdadero valor, y en realidad apenas podrían considerarse como meras sospechas, más o menos vagas, y por lo mismo ineficaces para sustentar un fallo condenatorio, y menos aún, si cabe, en tratándose de imponer la pena máxima.

"'Quizás un exceso de celo por asegurar la reparación debida a la sociedad, como consecuencia del delito atroz que es materia de este juicio, pudiera explicar aquel error en que, sin duda, el Tribunal incurrió de muy buena fe. Pero es lo cierto que ese exceso de celo puede llegar en ocasiones a fallos donde se impongan penas de suma gravedad, a pesar de no existir pruebas fundamentales sobre la responsabilidad del acusado, y cuando, por lo

mismo, es preferible absolver en acatamiento a las normas de equidad y jurisprudencia.

"La longitud de la huella de un pie que coincida con la longitud del pie de una determinada persona, sin que al propio tiempo se reúnan las demás características que permitan conjeturar fundadamente que ese determinado pie fue el que produjo aquella huella, es un simple dato aislado que no puede constituír, ni constituye, un indicio apreciable en juicio, desde luégo que es común y ordinario que muchas personas tengan el pie de igual longitud.

"Los cigarros o tabacos que portaba Rivas, iguales o semejantes a los que se dice fueron hallados junto al cadáver de la víctima (afirmación que no tiene respaldo probatorio en autos), no pueden dar luz sobre el verdadero responsable del delito; pues tratándose de una manufactura tan popular en Palmira, como lo es la costumbre de fumar, nada de raro tendría que muchísimas personas de dicho vecindario tuviesen la noche de los sucesos cigarros o tabacos de la misma clase, sin que por ello pudiera sospecharse siquiera que participaron en el delito.

"Las contradicciones que anota el Tribunal, con mejor examen de las cosas, aparecen más bien como omisiones o deficiencias en la exposición qué hizo Rivas en sus varias indagatorias, siendo admisibles en lo principal las explicaciones que da el procesado y las contenidas en la demanda de casación. Afirmó primero Rivas no conocer a Fermín Rivera, y después manifestó conocerlo, contradicción aparente, que Rivas explica diciendo que, efectivamente, no conocía a Rivera cuando se le interrogó por primera vez, pero que ya al tiempo de rendir su segunda indagatoria, no podía sostener lo mismo, desde luégo que estando detenidos en la misma cárcel forzosamente se conocieron, explicación que no tiene nada de inverosímil.

"El haber ocultado la verdad acerca de la ocupación que tuviera Rivas en la noche del crimen, procurando eludir el indagado la responsabilidad que le cupiera como contrabandista de tabaco, no constituye una contradicción verdadera. Rivas pudo mentir al afirmar que permaneció en su casa buena parte de esa noche, y que después se entretuvo en estas o en aquellas cosas, pero no puede verse una confesión implícita o un indicio de significación o de especial vehemencia o gravedad, en que después hubiese dicho la verdad al declarar que esa noche estuvo dedicado en compañía de otros sujetos al contrabando de tabaco.

"Siendo esta su verdadera ocupación en la noche del crimen, como de autos aparece demostrado con numerosas declaraciones, es lo natural que al verse detenido creyera fundadamente que lo estaba por el contrabando; y si estuvo en su ánimo el procurar eludir el castigo correspondiente por el fraude cometido a la respectiva renta, fue consecuencia de este pensamiento el que ocultara los verdaderos pasos que estaba dando aquella noche cuando rindió su primera declaración. Y si después tuvo conocimiento de que se le complicaba como autor del asesinato de Vélez, y si al rendir su segunda declaración, en que dijo la verdad, pudo incurrir en contradicción aparente, ella queda desvanecida por las explicaciones que ha dado, no gratuitas, sino comprobadas en autos.

"Estas explicaciones son tanto más aceptables, si se considera que probó en forma completa la coartada por medio del testimonio de las personas que lo acompañaron en la noche de que se trata; declarantes que, sin duda alguna, dijeron la verdad, pues expusieron los hechos sin temor a las sanciones que pudiera ocasionarles la confesión del contrabando por ellos cometido en la noche del crimen. Tales declaraciones son las de José Antonio López (folios 30 y 31), Guillermo Chacón (folio 31), Belisario Martínez (folio 31 vuelto), Justiniano Alvarez (folio 31 vuelto) y Fortunato Fernández.

"La peinilla manchada de sangre que se le encontrara a Rivas en el momento de ser detenido, no tiene el valor de indicio que la sentencia le atribuye: primero, porque los médicos que examinaron el arma, afirmaron que la mancha era de sangre, pero no pudieron determinar si se trataba o nó de sangre humana; apenas lo sospecharon, porque sería exótico—como dicen ellos—que tal arma hubiese sido usada para herir un irracional, sospecha tan vaga que no es necesario averiguar su consistencia, desde luégo que se puede herir con una peinilla a un animal o a un hombre, o cortar carne viva o muerta, y de todos modos mancharla de sangre. Por lo demás, de ninguna manera prueba el dictamen pericial la sospecha de que se trata, y ni siquiera puede darle fuerza; pues el concepto así emitido se sale de la materia propia de la ciencia que los peritos profesan. En segundo lugar, porque la peinilla mencionada en el dictamen, no se sabe si es la que en realidad llevaba Rivas al tiempo de su aprehensión; pues la que a éste se le tomara entonces se perdió o refundió, de tal suerte que no fue reconocida debidamente; sólo una persona dice que **le parece** ser la misma de Rivas, pero esta manifestación dubitativa e inconsistente carece de valor. Y, por último, es oportuno considerar que no está de acuerdo con el modo usual de proceder los delincuentes, el conservar ensangrentada el arma homicida, ya que siempre procuran hacer desaparecer por completo todos los rastros o señales que puedan comprometer su responsabilidad; de donde puede deducirse que si Rivas fuera culpable, se habría cuidado muy bien de limpiar la peinilla o de deshacerse de ella, arrojándola a cualquier lugar a propósito para ocultarla antes de que llegase a manos de la autoridad.

"La exclamación que se pone en boca de Rivas, relativa a la herida del occiso, antes de que pudiera verse por los circunstantes, es una afirmación gratuita, desde luégo que, según los reconocimientos, tal herida fue abierta en sitio perfectamente visible, en la cabeza, y por tal razón nada de extraño tiene que Rivas se admirara al ver la magnitud de la herida. Por consiguiente, tampoco se encuentra que este hecho pueda tener la fuerza probatoria de indicio.

"De lo dicho se deduce que el Tribunal, por no haber hecho la declaración de injusticia notoria del veredicto proferido contra Rivas, atendiendo las peticiones del acusado y del representante de la sociedad, violó el artículo 26 de la Constitución, pues no le dio al procesado la plenitud de garantías para su defensa, desde luégo que al condenarlo sobre la base de un veredicto notoriamente injusto, le arrebató al acusado una de sus más preciosas garantías, como es el derecho de que se le juzgue por un nuevo Jurado.

"Violó también el Tribunal los artículos 51, Ley 169 de 1896, y 163, Ley 40 de 1907, que imponen la obligación en que estaba esa entidad de hacer la declaratoria de injusticia del veredicto, por pecar, como queda visto, contra la evidencia del proceso. Dicen tales disposiciones:

"Artículo 51, Ley 169 de 1896. Si el Juez de la causa no declara notoriamente injusto el veredicto del Jurado en los casos en que puede y **debe** hacerlo, el Tribunal **hará tal declaración,** de oficio o a solicitud de parte, siempre que el proceso se halle a su conocimiento por recurso legalmente interpuesto." (Subrayo).

"Artículo 163, Ley 40 de 1907. Las sentencias definitivas de los Jueces Superiores de Distrito Judicial se consultarán con el Tribunal Superior respectivo, para que éste declare si el juicio adolece de nulidad, **si el veredicto del Jurado es notoriamente injusto,** y si la ley penal ha sido rectamente aplicada." (Subrayo).

"Estos mandatos categóricos violados son otros tantos motivos que demuestran la causal primera invocada, y que justifican la casación del fallo recurrido."

Indudablemente, si existe o puede existir un caso en que sea aplicable la saludable y trascendental doctrina sentada por esta Sala de la Corte en el fallo aludido, y copiado en lo pertinente al principio de este salvamento de voto, no puede ser otro que el de José Dolores Rivas, a que me he venido refiriendo. Tengo profunda convicción de que este hombre es inocente del delito que se le imputa, convicción emanada del estudio detenidísimo del presente proceso. Confío, por consiguiente, en que al fin se le declarará libre.

No encontré en lo actuado ningún vicio de nulidad sustancial. Sería un formalismo exagerado, reñido con la jurisprudencia, sostener que en el enjuiciamiento se incurrió en error en la denominación genérica del delito, porque en la parte resolutiva se omitiera dar el nombre "homicidio," de que trata el capítulo, título y libro del Código Penal allí expresado. Y sinceramente declaro que no he podido clasificar o encontrar comprendida en ninguna de las causales de nulidad procedimental que nuestras leyes consagran, la que mis distinguidos colegas reconocen demostrada para infirmar la sentencia del Tribunal y ordenar la reposición del procedimiento. Estimo, sí, que el casar la sentencia abre paso a la justicia de la causa que ha venido sosteniendo José Dolores Rivas con la convicción y el ahínco de un inocente.

Bogotá, veintiocho de enero de mil novecientos treinta y uno.

Juan C. Trujillo Arroyo—Cárdenas—I. González T. Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, enero veintinueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia que lleva fecha diez de junio del año pasado, condenó a Gregorio González, como responsable del delito de homicidio, cometido en la persona de Rosa Rodríguez, y de acuerdo con la contestación dada por el respectivo Jurado de calificación, a la pena principal de veinte años de presidio, y a las demás accesorias correspondientes.

La sentencia de primera instancia fue confirmada por el Tribunal Superior de este mismo Distrito, con fecha dos de septiembre del año próximo pasado.

Contra este último fallo interpusieron recurso de casación el reo y su defensor, y como las alegaciones presentadas reúnen las condiciones necesarias para un estudio de fondo, a él se procede a continuación.

Entre las causales invocadas figura la contenida en el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, la cual, por orden lógico, debe estudiarse de preferencia.

Para sustentar dicha causal alega, en síntesis, el recurrente:

La sentencia del Tribunal es violatoria de la ley procedimental, por cuanto se ha dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial. En efecto: entre los individuos sorteados para desempeñar el cargo de Jurados en esta causa, y después de las respectivas recusaciones, quedó el nombre del señor Antonio Recamán, correspondiente al número 389 de la lista. Pero sucede que, en definitiva, no vino a servir el cargo de Jurado el señor Antonio Recamán, sino el señor Antonio Martínez Recamán, quien no figura en esa lista. Es verdad que el señor Antonio Martínez Recamán acostumbra, por abreviación, firmar con el nombre de Antonio Mz. Recamán, pero jamás Recamán, únicamente; y así como sería indebido que en una causa cualquiera en que resultara sorteado el señor Julio Aparicio, desempeñara el cargo de Jurado el señor Julio Martínez Aparicio, aun dado el caso que éste firmara Julio Mz. Aparicio, porque esas dos personas son diferentes, de la misma manera "habiéndose sorteado el nombre de Antonio Recamán, no es corriente que el cargo lo haya desempeñado don Antonio Martínez Recamán." La nulidad de que se trata está prevista por el artículo 265 de la Ley 57 de 1887.

Se considera:

El Jurado sorteado con el número 389 fue Antonio Recamán, y a quien se le corrió traslado y desempeñó el cargo en la audiencia fue Antonio Mz. Recamán, que corresponde al verdadero nombre de Antonio Martínez Recamán.

Antonio Recamán y Antonio Martínez Recamán son, por tanto, dos nombres distintos, que pueden corresponder a dos personas difirentes. El primer nombre fue sorteado, y sin embargo, la persona que desempeñó el cargo fue una distinta, que no figura en la lista de designados.

El artículo 265 de la Ley 57 de 1887, en su numeral 2º, prevé como motivo de nulidad el haberse reemplazado indebidamente en el acto del sorteo a alguno de los designados; aquí se reemplazó de hecho a Antonio Recamán, que salió elegido, por Antonio Martínez Recamán, y aun cuando el reemplazo o cambio no se verificó en el momento mismo del sorteo, sí se llevó a cabo en diligencias que se practican en su desarrollo, como son los traslados, y en la celebración del juicio, cambio que ni siquiera se verificó por otro designado que figurara en la lista, sino por un extraño, lo que da al hecho mayor gravedad.

No se trata de agregación o supresión de simples iniciales, o de omisión en el segundo apellido, cuando por otra parte se trata de la misma persona; sino de dos nombres distintos. Es posible que las partes, y principalmente la defensa, si hubiera sabido que uno de los Jurados no era Antonio Recamán, sino Antonio Martínez Recamán, habría podido recusarlo, lo que quiere decir que por este otro aspecto se le privó de ese derecho, que por lo menos no pudo ejercitar con la amplitud necesaria.

Tampoco se trata de una condena de poca gravedad, sino de la más alta y más severa, y es necesario que la plenitud de las formas propias de cada juicio se cumpla en toda su integridad.

La circunstancia de que Antonio Mz. Recamán, o sea Antonio Martínez Recamán, no reclamara sobre la identidad de su persona, excusándose, por tanto, de servir el cargo por no ser la persona sorteada, y por tal motivo no resulte la nulidad alegada, como lo anota el señor Procurador, sólo quiere decir que, o no tomó nota del verdadero nombre designado en la diligencia del sorteo, o que no le dio importancia alguna, o que a pesar de todo, quiso voluntariamente desempeñar el cargo por habérsele entregado el expediente y creer que era a él a quien la autoridad consideraba como Jurado. Mas una cosa es lo que haya pensado o creído don Antonio y otra muy distinta lo que resulta, desde un punto de vista estrictamente jurídico y legal, para el Juez de derecho.

La nulidad alegada aparece suficientemente justificada, lo que hace inútil e innecesario el estudio de los demás motivos de fondo alegados, y que en esas condiciones tienen el carácter de subsidiarios. (Artículo 11, de la Ley 100 de 1892, inciso 2º).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida el fallo recurrido, y en su lugar anula lo actuado, desde la diligencia de sorteo de Jurados, exclusive, en adelante.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Por auto de fecha veinticinco de febrero del corriente año, esta Superioridad abrió causa de responsabilidad por los trámites extraordinarios y de oficio, contra el ex-Gobernador del Departamento del Magdalena, doctor Juan B. Cormane, "por violación de alguna de las disposiciones del capítulo sexto, Título décimo, Libro segundo, del Código Penal, que se refiere a omisión, demora y otras faltas de los empleados públicos en la persecución de los delincuentes, en la administración de justicia o prestación de protección o de servicio público, cometida en su carácter de Gobernador del Departamento del Magdalena, y consistente en haberse abstenido de decretar la suspensión del Alcalde de Aracataca, señor José del C. Fuentes, cuando le fue solicitada en la forma legal."

En la misma providencia se comisionó al señor Presidente del Tribunal Superior de Santa Marta, para notificar el enjuiciamiento al ex-Gobernador doctor Cormane, y pedirle, al propio tiempo, el informe legal correspondiente.

Practicado lo anterior por el comsionado, y devuelto el expediente, es llegado el momento de dictar sentencia, a lo cual se procede en seguida, previa la observación de que no existe nulidad en el juicio, ni informalidad que imponga la reposición de lo actuado, en todo o en parte.

En el auto en que se llamó a responder en juicio al acusado, se dijo lo siguiente:

"Consta que con fecha diez de noviembre de mil novecientos veintiséis, el señor Juez Muncipal de Aracataca, dictó auto en virtud del cual, y previo análisis del sumario que levantaba en averiguación del hecho referente al sueldo del agente de policía de Mojica, resolvió reducir a prisión al señor José del C. Fuentes, y como consta — dice — que el sindicado ejerce las funciones de Alcalde Municipal de este Distrito, solicítese de la Gobernación del Departamento, de conformidad con el artículo 1559 del Código Judicial, la suspensión de ese cargo para poder llevar a cabo la detención de que se trata.

"Consta también que el propio sindicado, doctor Cormane, cuyo carácter de Gobernador está legalmente acreditado, al ser preguntado sobre los hechos investigados, en su indagatoria, entre otras cosas, expone: 'pero sí recuerdo que no me fue posible atender inmediatamente a la orden de suspensión que me solicitaba el señor Juez Municipal de Aracataca, Ariel Palma, en ese entonces, en vista de que varios vecinos honorables de aquel lugar y de esta ciudad, como el señor don Joaquín Campo Serrano, me informaron que se trataba de saciar una venganza con el señor Fuentes, por parte de dicho Juez, que era enemigo capital del señor Fuentes, y de una corriente política de Aracataca, que trataba de impedir la permanencia de Fuentes en la Alcaldía, temerosa de que ésta investigara la pérdida de unos dineros del Municipio, que fueron sustraídos por medios indebidos. Como en mi carácter de primer mandatario del Departamento era mi deber también investigar la sustracción de esos dineros, y como de otro lado los informes me imponían el deber de estudiar con detenimiento la orden de suspensión aplazada, hasta llegar al convencimiento de que no iría a prestarme, como Gobernador, a un acto injusto y de complicidad con aquellos interesados en que no se esclareciera el extravío de los dineros del Municipio. Solicito que se llame a declarar al señor Campo Serrano y al mismo señor José del C. Fuentes, para que éste último explique satisfactoriamente sobre la causa o móviles políticos en que se inspirara la investigación que le adelantaba el Juez Municipal de Aracataca.' "

Practicadas las citas hechas por el sindicado doctor Cormane, aunque es cierto que se confirman sus asertos sobre móviles distintos de los de la justicia que guiaban al Juez investigador, no por ello puede excusarse su actuación, que omitió la realización de la ayuda que era necesaria, según la ley, para que la providencia de la autoridad judicial se cumpliera; pues ni siquiera contestó la comunicación que le fue dirigida por el Juez Municipal, en que le pedía la suspensión, ni por tanto manifestó siquiera al Juez los motivos en que hubiera podido fundarse para justificar su silencio, equivalente a la negativa; pues como lo observa el señor Procurador de la Nación, "si el Juez obraba por pasión, tiempo quedaba para exigirle responsabilidad, pero sus providencias debían cumplirse sin demora, para evitar el desprestigio del Poder Judicial y el mal ejemplo entre los subalternos de la Administración Departamental."

Para desvirtuar los cargos del auto de proceder, el acusado dice en su informe:

"Es cierto que el Juez Municipal de Aracataca, en providencia visible al folio 56 del expediente, ordenó solicitar de la Gobernación la suspensión del Alcalde Fuentes, pero el Gobernador no está obligado a suspender a sus subalternos por la simple solicitud de un Juez. La ley ha

querido que para que se suspenda a un empleado, haya **causa**, esto es, juicio criminal pendiente. Así lo enseña claramente el inciso 9º del artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal, con el cual es concordante el artículo 1887 del Código Judicial. Puede, sin embargo, suceder que, en casos excepcionales, sea menester que para seguir causa criminal contra algún empleado se necesite que otra autoridad decrete previamente la suspensión. Entonces podrá solicitarse ésta, remitiéndole a la autoridad competente **todas las piezas justificativas del delito** (artículo 1885). Es a la luz de estos principios como debe entenderse el artículo 1559 del Código Judicial. Ahora bien: ¿qué piezas justificativas del delito fueron enviadas al Gobernador del Magdalena al solicitársele la suspensión del Alcalde Fuentes? Ninguna pieza justificativa quiere decir pieza probatoria, y un auto de Juez sólo probará la existencia de la providencia judicial, no la verdad, ni la probabilidad, ni el fundamento de los cargos. A la Gobernación pudo enviarse la copia de un auto del Juzgado Municipal de Aracataca, el de fecha diez de noviembre de mil novecientos veintiséis —(folio 56),—pero ni ese auto es el de proceder, esto es, el que abre causa criminal, puesto que allí no se pronuncia el llamamiento a juicio, ni las afirmaciones que hace un Juez (no respaldadas por las pruebas en que debió basarse, pues esas pruebas no se remitieron a la Gobernación) son para esta entidad, en ningún modo, las piezas justificativas del delito.

"De otro lado, ni en el supuesto de que yo hubiese desoído una solicitud judicial dada en la oportunidad y forma legales, podía deducirse que había cometido un acto legalmente punible. El delito, para serlo, necesita una definición precisa en la ley, y el no suspender a un empleado, aun siendo solicitada la suspensión con las piezas justificativas del caso, no está erigido en delito en ningún pasaje del Código. Los artículos 529 y 536 de nuestra Ley Penal, visiblemente se refieren a omisión o negligencia en la **aprehensión** del delincuente, de ningún modo a la omisión en la **suspensión**, cuestión ésta que la ley encomienda al criterio del funcionario de quien se solicita la suspensión y quien ha de decretarla, o abstenerse de ello, según que se le presenten o nó las piezas del caso. ¿Qué, mucho, pues, señores Magistrados, que la Gobernación antes a mi cargo, sabiéndose no obligada legalmente a acceder a la solicitud indocumentada y prematura que le hacía un Juez Municipal, se negara a patrocinar una injusticia y a servir de instrumento a parroquiales, bastardos intereses? Que el señor Juez de Aracataca procedió por móviles distintos del de la justicia, verdad es que aparece demostrada con los testimonios de los señores Joaquín Campo Serrano y José del C. Fuentes, y que esa misma Corte ha reconocido ya en el propio auto de proceder dictado contra mí. Pero hay algo más, que no quiero dejar de consignar aquí, para que resalte de bulto la irrisión que de esa misma Corte altísima ha querido hacerse en este caso. Una vez que el señor José del C. Fuentes cesó en el cargo de Alcalde Municipal, el activo Juez, que con tánto celo lo perseguía, cesó en su empeño persecutivo, y ni entonces ni nunca volvió a dar una plumada en el proceso que se instauró con el solo objeto de suprimir a un Alcalde cuyas actuaciones no convenían a los politicastros del villorrio. ¿Podría prestarse la Suprema Corte de Colombia a desempeñar el desairado papel de pronunciar una condena contra el ex-Gobernador, cuyo buen juicio ha venido a ser reconocido por sus mismos acusadores, en el hecho de haber éstos desistido de su persecución contra un Alcalde, contra el cual no tenían en realidad otras razones de queja que la de ser él, el primero, dignísimo mandatario del lugar? Para bien de la administración de justicia y por el decoro mismo del pricipio de autoridad, os pido, con todo acatamiento, basado en las anteriores consideraciones, una sentencia absolutoria."

Debe analizarse ahora lo expresado por el señor ex-Gobernador, doctor Cormane, como justificación de su conducta en este asunto.

Para el efecto de comprobar la aserción del acusado, relativa a que el Juez acusador, luégo que Fuentes dejó de ocupar el cargo de Alcalde Municipal, no volvió a hacer nada en el proceso respectivo, esta Sala dictó un auto para mejor proveer, con fecha veintiuno de agostó del año postrero, auto en el cual, además, se pidió informe al Juez del Circuito de Ciénaga sobre lo adelantado en los asuntos contra Fuentes después de haber salido de la Alcaldía.

Tanto de las diligencias remitidas en copia, como del informe del Juzgado, se desprende que, evidentemente, poco o nada se adelantó en el sumario contra el mencionado Fuentes, cuando se separó de la Alcaldía, como lo asevera el señor doctor Cormane. Esta circunstancia, como es obvio, debe favorecer al encausado, porque en realidad se hace viable su afirmación al respecto.

De otro lado debe tenerse en cuenta que si bien es verdad que al Gobernador se le dirigió repetida solicitud para la suspensión de Fuentes en el puesto que ocupaba, no es menos cierto que no se le acompañaron los documentos del caso conforme exige la ley, es decir, aquellas comprobaciones indispensables en las cuales debía fundarse el auto que a dicho funcionario se le transcribió por el Juez Municipal como base de la petición. Acaso en este particular estimó ciertamente el señor doctor Cormane, como él mismo lo insinúa, que no debía obrar con precipitación, sino más bien con prudencia y mesura, toda vez que se le había asegurado que se trataba de un apasionamiento personal, partidista o de círculo, para con el Alcalde sumariado, cuya suspensión se pedía. El mandatario departamental esperaría seguramente las pruebas y documentos respectivos para poder decretar la suspensión, y de esa espera quizás se tomó pie para aseverar que el Gobernador desatendía las órdenes judiciales, cuando probablemente en realidad sólo aguardaba la confirmación legal de éstas. Siendo esto así, según se ve, no aparece la malicia, la intención dañada con que el acusado procediera, por lo cual, y no cumpliéndose en su totalidad en el presente asunto con los requisitos exigidos para condenar por el artículo 1656 del Código Judicial, debe dictarse sentencia absolutoria a su favor, sin que sean menester otras consideraciones.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **absuelve** al doctor Juan B. Cormane por el cargo que en su carácter de Gobernador del Departamento del Magdalena se le formuló en el presente informativo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Vistos:

En la presente causa se le propuso al Jurado de Calificación la siguiente cuestión única, en armonía con el auto de proceder:

"¿El acusado Simón Lugo es responsable del delito de robo de la suma de cuatrocientos pesos ($ 400) moneda corriente, de propiedad de Aquilino López, hecho que fue ejecutado en la casa de habitación del mencionado López, situada en la vereda de **Boya Primero**, de la jurisdicción de Somondoco, como a las seis y media de la tarde del día dos de enero del año de mil novecientos veintiséis?"

El Jurado contestó afirmativamente.

Sobre tal veredicto, el Juzgado del conocimiento, 2º Superior del Distrito Judicial de Tunja, dictó sentencia con fecha diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta, condenando al acusado a la pena principal de cuatro años, nueve meses y quince días de presidio y a las incorporales accesorias que estimó pertinentes.

Apelado el fallo para ante el Tribunal Superior respectivo, éste, en providencia de veinte de agosto del año último, reformó la sentencia recurrida "en el sentido de aumentar la pena principal que debe sufrir Simón Lugo, por el delito de robo de que se ha hablado, a ocho años y ocho meses de presidio, que debe purgar, dos años en el Panóptico de Tunja, y el resto en la colonia penal que designe el Gobierno, y la confirma en lo demás, debiendo dar fianza el reo de buena conducta, en caso de que obtenga rehabilitación, bien por la pena, bien por la pérdida de los derechos políticos."

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el condenado el recurso de casación, recurso que primeramente fue negado, por no haber expresado aquél la causal o causales en que lo fundaba. Como insistiera en interponerlo, aduciendo más amplias consideraciones, el Tribunal resolvvió concederlo, diciendo que aun cuando no expresaba de modo claro las causales del recurso, pero creyendo interpretar que se refería a la 2ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, estimaba que debía admitirlo. En consecuencia, se remitió el proceso a esta Sala, en donde, surtida la tramitación que le es propia, se pasa a decidir lo que fuere legal.

El sentenciado, en el largo y difuso alegato, en que cree sustentar el recurso, hace una porción de consideraciones, encaminadas a demostrar las irregularidades existentes en el proceso, sin expresar en lo más mínimo que tales irregularidades puedan referirse en alguna forma a alguna causal de casación. Por eso dice el señor Procurador, refiriéndose a esa serie de apreciaciones:

"**a)** El hecho de que el señor Juez de la causa le hubiera negado a Lugo la práctica de unas pruebas por inconducentes, no constituye causal de nulidad del juicio. El Juez que conoce del negocio puede, discretamente, calificar cuáles pruebas son conducentes y cuáles no lo son, y, en consecuencia, admitir aquéllas y negar éstas, de acuerdo con la facultad que al efecto le concede la ley. Al peticionario le queda, sin embargo, el campo para apelar del auto que dé la negativa, y con esto puede salvar su derecho, si es que le ha sido lesionado por el Juez de instancia.

"**b)** Menos constituye causal de nulidad el hecho de que durante la investigación se haya dejado de practicar una prueba decretada por el funcionario, ya sea porque no se pudo conseguir la comparecencia de un testigo o por cualquiera otra causa. Si la prueba de careo con el testigo Aristides Heredia interesaba al procesado, éste pudo pedirla y hacerla practicar en el término probatorio del juicio.

"**c)** El haberse contradicho un testigo, aun en el caso de ser la contradicción sustancial, tampoco es causal de nulidad. Ese hecho apenas da motivo para que la prueba que de las declaraciones contradictorias resulte no sea apreciada por el Juez.

"**d)** El que no aparezcan en los autos unas diligencias de careo, de que habla el recurrente, carece de virtud para constituir nulidad del juicio. Además, el que esas diligencias hubieran existido, apenas está respaldado por el dicho del señor Lugo. Los testimonios que cita para respaldar aquella aseveración no vinieron a los autos, y no es a la Corte a quien toca ahora hacer que se reciban.

"Estos son los motivos alegados por el recurrente, y como se ve, ningún fundamento ofrecen para deducir una causal de casación."

Se trata, pues, en el caso presente, de alegaciones que hubieran estado muy bien ante los juzgadores de instancia, en la debida oportunidad; pero que la Corte no puede aceptar como base o fundamento de un recurso de casación, ya que no se ha intentado expresar siquiera en manera alguna que la sentencia ha violado la ley penal, sustantiva o procedimental, o que se halla en desacuerdo con el veredicto del Jurado, o no se conforme con el auto de proceder, o se haya dictado por un Tribunal incompetente, o haya hecho tal entidad una declaración de incompetencia para abstenerse de conocer, todo lo cual constituye por sí solo causal para interponer el recurso, como lo dispone la ley. En suma, en el presente asunto no se ha dado cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 9º de la Ley 90 de 1920, por cuya razón, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la misma Ley, debe declararse desierto el recurso.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en el fondo con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto el presente recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En libelo de fecha primero de septiembre de mil novecientos veintisiete, el doctor Julio C. Garzón reformó la demanda que anteriormente había presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que previos los trámites de un juicio ordinario, con citación del señor Fiscal, se hicieran contra la Nación estas declaraciones:

"Primera. Que el día veintiuno de marzo de mil novecientos veintiséis, el fuego lanzado por una locomotora del ferrocarril de Girardot, de que es y era dueña en esa época la República de Colombia, incendió, destruyéndolos en gran parte, mis bosques de eucaliptus, robles y encenillos, y también las cercas que los separaban de la zona férrea, plantados en terrenos de mi propiedad, que atraviesa el citado ferrocarril con su línea, situados en jurisdicción del Municipio de Zipacón, vereda de **Rincón Santo**, alinderados generalmente así: por el pie, con la quebrada de **El Molino**; por un costado, con terrenos de Daniel o Camilo Sáenz, hasta encontrar, en la cima de la cordillera, un mojón marcado con la letra S.; de este mojón, a encontrar tierras de **La Escuela**, pertenecientes hoy al doctor Eladio C. Gutiérrez; de aquí, a encontrar el camino de **Olmos**, donde hay un mojón marcado con la letra A., pasando antes por otro marcado con la letra N.; y por este camino de **Olmos**, a encontrar la quebrada de **El Molino**, primeramente citada.

"Segunda. Que este incendio fue ocasionado por culpa o negligencia del dueño del ferrocarril o de sus dependientes o empleados, y que con la destrucción de árboles y cercas que llevó a cabo en mis citados predios, me causó perjuicios; y

"Tercera. Que estos perjuicios deben serme indemnizados por el dueño del ferrocarril de Girardot, o sea por la República de Colombia, condenándola a pagarme al efecto, dentro del término que la sentencia señale, la suma de cuarenta y cinco mil pesos moneda corriente, en que los estimo y fueron ya avaluados pericialmente, o la que en el curso de este juicio, o de uno especial separado se determinare."

Como razones fundamentales del derecho alegado, el actor presentó las disposiciones "contenidas en el Título 34 del libro 4º del Código Civil y sus concordantes, y la Ley 76 de 1920 y sus concordantes," y como hechos generadores citó estos:

"**a)** El citado día veintiuno de marzo de mil novecientos veintiséis, la locomotora número 28 del ferrocarril de Girardot, que conducía un tren directo hacia Facatativá, con el fuego que despidió por su chimenea incendió los bosques y las cercas de mi propiedad, plantados en terrenos de mi propiedad, deslindados en la parte petitoria de esta demanda.

"**b)** El ferrocarril de Girardot, junto con la zona en la parte que atraviesa mi predio incendiado el día veintiuno de marzo citado, pertenecía en esa época, y aún pertenece a la República de Colombia, así como los predios incendiados en la citada fecha, eran entonces y son aún de mi propiedad.

"**c)** El incendio en cuestión se debió a que la locomotora que lanzó el fuego sobre mis propiedades **no** estaba provista de aparato alguno que impidiera que el que conducía en sus hogares, avivado especialmente en esa parte por los maquinistas para poder levantar la presión necesaria para vencer la pendiente o pendientes anteriores a la estación de Zipacón—subiendo—fuera lanzado a distancia, sobre los lados de la zona y sobre mis propiedades, donde había materias inflamables; a que la zona al lado y lado de la vía, **no** estaba limpia de maleza, como lo aconsejaba una elemental prudencia, y a que los empleados de la línea (cuadrilleros y trabajadores) **no** estaban en sus puestos el día del incendio, vale decir, a culpa o negligencia del dueño de la Empresa o de sus empleados, por quienes debe responder.

"**d)** Conocida por el Jefe de Estación de Zipacón en ese entonces, señor Enrique Gutiérrez, la causa del incendio susodicho, lo hizo conocer a su turno de su inmediato superior, ingeniero de la línea, Gabriel Suárez, así:

'Zipacón, 21 de marzo de 1926

'Doctor Suárez—La Esperanza.

'Informan del túnel que la locomotora número 28, que subió hoy con tren directo, incendió la eucaliptera del kilómetro 114, de los señores Sáenz. Mandé buscar al cuadrillero Rodríguez, quien no ha podido reunir los trabajadores para apagar.

'Servidor, Jefe de Estación.'

"**e)** En la noche del día del incendio los cuadrilleros del Ferrocarril, Ricardo Rodríguez, Juan Sánchez y Arnoldo Trompa, con unos pocos trabajadores, se dieron a la tarea de apagar el incendio causado por la locomotora número 28 en mis propiedades, tarea en la cual duraron varios días.

"f) Por verificación llevada a cabo por los empleados del Ferrocarril, de que dio cuenta la Gerencia de dicho Ferrocarril de Girardot, el ingeniero de él, señor Gabriel Suárez, en oficios de nueve de abril y treinta y uno de mayo de mil novecientos veintiseis, además de las cercas, los árboles de mis bosques destruídos por el incendio que nos ocupa, fueron: dos mil seiscientos siete eucaliptus (2,607); cuatrocientos veintitrés robles (423); ciento cuatro encenillos (104).

"**g)** Con la destrucción de los bosques sufrieron las vertientes de agua de mis predios, las cuales han disminuído de caudales.

"**h)** Noticiado el Alcalde de Zipacón del incendio, levantó, conforme lo dispone el artículo 27 de la Ley 76 de 1920, la prueba sumaria respectiva, la que, en cuatro fojas útiles, acompañé a mi primitiva demanda, y de la cual se desprende que el incendio en mis propiedades fue ocasionado por el fuego que lanzó sobre ellas la locomotora número 28, y que los perjuicios valen, por lo que hace a mí, la suma de cuarenta y cinco mil pesos moneda corriente.

"**i)** Presentada mi reclamación al Ministerio de Obras Públicas, como lo aconsejó o conceptuó el abogado del Ferrocarril de Girardot, fue negada, dejando a salvo mi derecho para ocurrir ante el Poder Judicial, como hoy lo hago; y

"**j)** Cuando la Empresa del Ferrocarril de Girardot pertenecía a una Compañía extranjera, de que es sucesora la República, todos los perjuicios ocasionados por incendios debidos al fuego de las locomotoras, fueron debida y prontamente indemnizados; sólo ahora que la Empresa es de propiedad nacional, esas indemnizaciones se empandorgan, hasta el punto de que para obtenerlas hay que acudir al Poder Judicial."

Presentó algunos documentos tendientes a demostrar sus pretensiones, y de los cuales se hará luégo el análisis correspondiente.

Admitida la demanda así corregida, y dado traslado al respectivo Fiscal, este funcionario, después de haber obtenido al afianzamiento de las costas por parte del actor, la contestó oponiéndose a las declaraciones pedidas, negando los hechos **a)**, **c)** **d)**, **e)**, **f)**, **g)**, **i)**, **j)**; admitiendo y explicando los otros, y concluyó así:

"Fundado en los hechos que relaciona el demandante en el punto **c)**, de que en la parte de su propiedad que

colinda con la zona del tren había materias inflamables y maleza, que no son producto del ferrocarril sino de las propiedades, y de que por ahí tiene que pasar la locomotora a todo vapor, por ser pendiente, propongo la excepción de 'falta de acción' y las que resulten de esos hechos, porque los propietarios están obligados a no arrojar basuras o malezas y materias inflamables a las vías públicas y vías férreas, tanto más cuanto que una empresa de ferrocarril no puede tener millares de empleados para vigilar la línea del ferrocarril y también las propiedades colindantes.

"También propongo la excepción de 'fuerza mayor' y la de 'caso fortuito,' fundadas en que de parte de los empleados del Ferrocarril no hubo descuido alguno, ni falta de diligencia alguna de las que aconsejan la prudencia y la previsión, para que se produjera el hecho que motiva la acción de perjuicios contra la Nación."

Fijados de esta manera los elementos de la controversia, llamado a pruebas el juicio y recogidas todas las que los contendores estimaron procedentes y adecuadas a sus pretensiones, allegados los alegatos de conclusión y citadas las partes para la sentencia, el Tribunal dictó la de fecha cuatro de marzo de mil novecientos veintinueve en que "absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda," sin hacer condenación en costas.

Porque la parte del actor interpuso en tiempo hábil el recurso de apelación, concedido que le fue, vinieron los autos a esta Sala de la Corte, donde, debidamente tramitada la instancia con nueva dilación probatoria y con la práctica de todas las demostraciones que se solicitaron, y el allegamiento de los alegatos de conclusión; porque no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a determinar la situación jurídica de las partes, previo el estudio de los elementos de hecho, generadores de la acción intentada, y de los de derecho, aducidos con fines económicos patrimoniales por parte del actor. A ello se procede, mediante las siguientes consideraciones:

Primera. En la sentencia que se revisa aparece el siguiente comentario acerca de los fundamentos jurídicos de la acción intentada, y sobre la prueba hasta entonces aducida para sustentarla:

"Las entidades de derecho y las personas jurídicas no son susceptibles de cometer delitos, pero sí son responsables por delitos que causen perjuicios a terceros con actos suyos o de sus agentes o dependientes. En este principio de derecho universal está fundado el numeral 4º, del artículo 26, de la Ley 76 de 1920, sobre policía de ferrocarriles, y esto es obvio, porque de no ser así, se crearía una situación privilegiada en perjuicio de los demás, de la gran mayoría, en favor de tales entidades y de dichas personas jurídicas. Así como de la culpa cometida por los empleados y dependientes de una empresa privada responde ésta, de la misma manera y por razón del mismo principio, de la culpa cometida por el empleado de una empresa de propiedad de la Nación, del Departamento o del Municipio, responden éstos, tanto porque son dueños como por el principio amplio contenido en el artículo 2347 del Código Civil. De otra suerte, esas faltas quedarían sin la sanción civil correspondiente y sin indemnizaciones los que han sufrido sus consecuencias, lo cual violaría el orden jurídico.

"Pero en todo caso la reparación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, conforme al precepto del artículo 2357 de la precitada obra; de modo que al tratar de deducir la responsabilidad por la culpa que se le imputa, ha de tenerse en cuenta esa circunstancia, para el efecto de que la indemnización que haya de fijarse sea conforme a la equidad.

"El artículo 2342 del Código sustantivo, dice quién puede pedir la indemnización por el daño causado con el hecho.

"Los perjuicios demandados en este juicio los deriva el demandante del siguiente hecho concreto: el incendio de parte de un bosque de su propiedad, compuesto de robles, encenillos y eucaliptus, plantado en un terreno también de su propiedad, situado en jurisdicción del Municipio de Zipacón y alinderado como se expresa en la demanda; incendio ocurrido el veintiuno de marzo de mil novecientos veintiséis, y que tuvo por causa inmediata, según Garzón, el fuego lanzado por la chimenea de la locomotora número 28 del ferrocarril de Girardot —que conducía un tren directo hacia Facatativá—sobre lado y lado de las zonas y el terreno de Garzón, 'en donde había materias inflamables,' y que transmitido a éstas, destruyó parte considerable del bosque, con lo cual se causó perjuicio a su dueño. Y se dice que la Nación es responsable de este hecho como dueña del ferrocarril de Girardot, y que se debió a culpa del maquinista, por tres razones: porque la locomotora no estaba provista de aparato alguno que impidiera que el fuego que conducía en sus hogares, avivado especialmente en esa parte de la vía para levantar la presión y dominar la pendiente anterior a la estación de Zipacón, fuera lanzado sobre la zona y el predio de Garzón, 'en donde había materias inflamables'; porque 'la zona al lado de la vía no estaba limpia de maleza, como lo aconsejaba una elemental prudencia'; y porque los empleados de la línea (cuadrilleros y trabajadores), no estuvieron en sus puestos el día del incendio.

"De consiguiente, si en el plenario se ha demostrado que el incendio del bosque de Garzón tuvo como causa inmediata el fuego lanzado por la chimenea de la locomotora número 28 del ferrocarril de Girardot, es incuestionable que la Nación, como dueña de la Empresa, debe indemnizar los perjuicios provenientes de ese hecho, salvo que de las probanzas del juicio resulte que, no obstante la diligencia y cuidado empleados por las personas o entidad a quien se imputa la culpa, fue imposible evitar el hecho que produjo el daño.

"Como el representante legal en juicio de la entidad demandada, al contestar la demanda manifestó que no le constaba ese hecho, y como por otra parte, 'cuando la Nación fuere la demandada, y la demanda contenga puntos de hecho, aunque el representante de ella convenga en tales hechos, siempre el juicio se abrirá a prueba para la comprobación de ellos' (artículos 577 y 9 de la Ley 169 de 1896), la carga de la prueba como hecho fundamental en cuestión corresponde al demandante, de conformidad con los preceptos de los artículos 542 y 543 y 1757 del Código Civil.

"Que en el bosque de Julio C. Garzón, compuesto de eucaliptus, robles y encenillos, se registró un incendio el día veintiuno de marzo de mil novecientos veintiséis, incendio que 'sólo afectó las hojas de los árboles y el chamizo que había sobre el terreno,' que fue el combustible que lo alimentó, porque 'los árboles quedaron parados en su totalidad' y 'no se perdió ninguno,' como lo declaran las personas que primero entraron a la plantación, señores Eduardo Herrera H. y Manuel Rodríguez, ese

hecho, que se halla plenamente demostrado en el juicio, y sería una necedad negarlo, pues de lo que se trata es de saber si realmente ese incendio fue producido o tuvo como causa inmediata las chispas lanzadas por la locomotora del ferrocarril, porque es el que determina la responsabilidad de la Nación, caso de que ese hecho sea cierto.

"La diligencia de inspección ocular practicada sobre el predio de Garzón por el Alcalde Municipal de Zipacón, el día veintisiete de marzo de mil novecientos veintiséis, no ofrece esa prueba, por varias razones: porque esa diligencia se practicó sin previo decreto, pues el auto respectivo sólo aparece autorizado por el Secretario; porque ella tuvo por objeto establecer la prueba sumaria del incendio y del daño causado con éste, y porque una diligencia de esa naturaleza, practicada después de ocurrido el hecho y dominado el incendio, es ineficaz para el efecto indicado. Por lo demás, dicha diligencia no reúne las condiciones legales para que pueda ser estimada como prueba, pues sólo una de las partes estuvo presente, y no se corrió en traslado ni se aprobó el dictamen pericial, el cual, dicho sea de paso, quedó desvirtuado con las declaraciones rendidas ante este Tribunal por los propios peritos o por las personas que sirvieron este cargo.

"La actuación de los empleados de la Empresa, ingeniero del Ferrocarril, Jefe de Estación de Zipacón y cuadrilleros, tampoco es en sí misma indicativa de que el incendio tuviera por causa el fuego que la locomotora lanzara por su chimenea; pues, en sentir de la Sala, las actividades empleadas por tales empleados y los informes rendidos, no implican la aceptación del hecho. Ellos fueron informados de que el fuego de la locomotora había ocasionado el incendio, pero eso no les constaba de manera fehaciente, y en esa situación, y para el caso de que el hecho resultara cierto, necesariamente tenían que proceder en la forma que lo hicieron, con el fin de evitar mayores perjuicios a la Nación.

"Al Jefe de la Estación de Zipacón, señor Enrique Gutiérrez, no le consta personal y directamente el hecho averiguado. Este señor simplemente declara que hace algún tiempo, cuya fecha no recuerda, un muchacho le informó que había ocurrido un incendio en los bosques de los señores Garzón y Sáenz, y que ante ese aviso mandó llamar a los cuadrilleros Ricardo Rodríguez y Arnoldo Trompa para que prestaran sus servicios, ayudando a apagar el incendio, y que a la vez, por medio de un telegrama, dio cuenta al ingeniero de la línea, doctor Gabriel Suárez Murillo. (Folio 4 del cuaderno de pruebas).

"El mismo sujeto declaró ante el Alcalde Municipal de Zipacón, en la llamada inspección ocular, lo siguiente:

'Del túnel me avisaron el domingo que se había prendido una de las eucalipteras, del kilómetro 114 para arriba, aviso que me dio el telefonista del túnel, quien me dijo que **probablemente** había sido una de las máquinas que en dicho día subió con el tren de carga; luégo vino un muchacho llamado Isaías Clavijo a darme cuenta de que una de las dos máquinas que habían subido había incendiada una de las eucalipteras de la orilla de la zona del citado kilómetro, y que el muchacho en cuestión manifestó que no había sido capaz de contener el incendio, y yo le di orden de que avisara inmediatamente a los cuadrilleros para que apagaran. En seguida dirigí la siguiente comunicación, por medio de un telegrama, al ingeniero de la Empresa, doctor Suárez Murillo, que dice: .....'

"Como se ve, es más detallada o más completa la primera declaración de Gutiérrez; pues en la otra se expresa en forma bastante vaga; pero en todo caso, de ninguna de las dos se desprende que le conste personalmente el hecho, y, por tanto, ese primer testimonio no tiene fuerza, de acuerdo con el artículo 608 del Código Judicial, en cuanto se refiere al hecho de que se trata, fuera de que en esa parte no se ratificó el testigo en su segunda declaración.

"Al testigo Sebastián Arenas no le consta el hecho, o sea que el bosque de Garzón fuera incendiado por el fuego que lanzó la locomotora del ferrocarril; pues los hechos sobre que declara son posteriores, como expresamente lo manifiesta.

"Manuela Gil declara que el día veintiuno de marzo de mil novecientos veintiséis, estando 'en la quebrada cerca de la línea del ferrocarril, pasó un tren del ferrocarril de Girardot, cuando otro momento llegó un muchacho a la casa donde vivíamos, y nos dijo que saliéramos y viéramos que se había incendiado el monte de los señores Julio C. Garzón y Daniel Sáenz, y nosotros salimos y vimos el incendio, y el muchacho **nos dijo** que el **guardalínea** no parecía por ahí, y tal vez este mismo muchacho fue el que dio aviso en el túnel.'

"La testigo, como se ve, tampoco presenció el hecho causa del incendio, ni le consta nada al respecto. Y es de notar que ni siquiera ella atribuye el suceso al fuego que hubiera podido lanzar la locomotora del ferrocarril. Su testimonio vale, pues, como prueba de otro hecho: el incendio, que no se discute.

"Otro tanto puede decirse de los testigos Arnoldo Trompa y Cristóbal Salamanca, telefonista del túnel el último, y uno de los cuadrilleros o trabajadores que acudieron a ayudar a apagar el incendio por orden del ingeniero del ferrocarril, el segundo; porque a Salamanca le avisó Manuela Gil, y Trompa vino a saber lo ocurrido por la orden que se le dio.

"Y en cuanto a las declaraciones de Herrera y Rodríguez, peritos en la nombrada diligencia de inspección, Cárdenas y Díaz, quienes avaluaron en tiempo posterior los perjuicios que el daño ocasionó, bien se ve que ni se les pidió declaración sobre el hecho mencionado, ni nada les consta sobre el particular.

"Sólo queda por estudiar la declaración de Isaías Clavijo, celador de la línea en la zona del ferrocarril que linda con el predio de Garzón, y quien declara que estando en el trayecto de la línea donde ocurrió el incendio, vio 'que el fuego que despidió una locomotora de dicho ferrocarril incendió los bosques de dichos señores Sáenz y Garzón, situados a la orilla izquierda de la carrilera, subiendo,' y que igualmente le consta, 'por haberlo visto, que primero se incendió la zona del ferrocarril en distintas partes, de donde pasó a los citados bosques,' y que como no pudo apagar y no había cuadrilleros en la línea, se vino a Zipacón, a la estación, a darle aviso al Jefe de ésta.

"Este es el único elemento que obra en autos para establecer el hecho en cuestión, de que el incendio fue ocasionado por el fuego despedido por la chimenea de la locomotora número 28 del Ferrocarril de Girardot; pero es el caso de que 'un testigo no puede formar por sí solo plena prueba, sino una gran presunción, cuando es hábil'; y de este modo el mencionado hecho no puede tenerse por probado legalmente, máxime si se tiene en cuenta que el valor probatorio de la declaración de Cla-

vijo está un tanto desvirtuado, porque de acuerdo con lo declarado por Sebastián Arenas, aquél no pudo ser testigo presencial del hecho, pues él mismo le manifestó 'que el día del incendio no había estado en ese lugar, por encontrarse en el kilómetro 113.' Además, según la declaración de Manuela Gil, persona que estuvo en el lugar del incendio momentos después de haber comenzado, observa que el celador de la línea 'no parecía por allí.'

"De otro lado cabe observar que si Clavijo, como celador o guardalínea, hubiera estado presente en el lugar del suceso y hubiera presenciado el hecho, fácilmente hubiera podido ser contrarrestado, y no habría tomado las proporciones en extensión, de que dan cuenta las pruebas del juicio; pues si él era insuficiente para tal efecto, el aviso para el envío de trabajadores y elementos necesarios, no se habría demorado, y de esa manera habría podido contenerse más rápidamente. Y al decir que el incendio tuvo alguna proporción, no quiere decir el Tribunal que él hubiera destruído el bosque, porque, como atrás se vio, de acuerdo con las declaraciones de Herrera y Rodríguez, simplemente se quemó el chamizo que había sobre el predio, que fue el que sirvió de combustible, y las hojas de los árboles, pues ninguno de éstos se perdió; lo que se quiere significar con esto, tiene, por tanto, la relatividad consiguiente.

"Pudiera decirse que hay motivos para deducir, al menos indirectamente, que la Nación, parte demandada, ha aceptado de modo implícito que el incendio fue producido única y exclusivamente por el fuego lanzado por la locomotora, y que si esa aceptación implícita se agrega el testimonio de Clavijo, la prueba del hecho averiguado surge sin dificultad.

"A esto se observa que en autos no se halla elemento alguno que indique la aceptación por parte de la Nación del hecho fundamental de que se trata; por el contrario, existen motivos para considerar que nunca lo ha aceptado. Así, por ejemplo, el doctor Félix Cortés, hombre honorable y probo, Gerente que fue del Ferrocarril de Girardot, y a quien tocó oír la reclamación de Garzón, en declaración rendida ante este Tribunal se expresa así:

'Que el declarante, en su carácter expresado, y teniendo conciencia o juzgando por los datos que se le habían suministrado, de que el Ferrocarril no era responsable del incendio aludido, no tuvo inconveniente en manifestarle al doctor Garzón que podía beneficiar sus palos.

'Al punto **d)** Que el declarante negó el pago de la suma fijada en su avalúo por los peritos Cárdenas, Bernal y Díaz, porque no reconocía que esa obligación pesara sobre la Empresa del Ferrocarril de Girardot.....'

"Luego si el Gerente protestó de que el Ferrocarril no era responsable del incendio, bien se ve que la aceptación del hecho no existe.

"Pero si esa aceptación se quiere deducir del hecho de que se hubiera convenido entre el Gerente y Garzón, que peritos designados por ellos avaluaran los jerjuicios sufridos, cosa de que dan cuenta los peritos designados y el propio informe o avalúo que rindieron, se observa que ese convenio no prueba la aceptación del hecho, sino simplemente la buena inteligencia y el ánimo que tenía la Nación de indemnizar el daño causado, pero siempre que, por otra parte, se probara el hecho capital de que era responsable del incendio, por haber sido éste ocasionado por el fuego de la locomotora número 28 del ferrocarril de Girardot, cosa esta última que nunca se logró probar. Así entiende la Sala esa actuación del Gerente de la expresada Empresa.

"La estimación del daño es cosa distinta de la causa de él, y lo primero no establece lo segundo; y el convenio o acuerdo de que se avaluara aquél estaba sujeto a la condición de que se convenciera al Ferrocarril o a la Nación, de que el daño sufrido tuvo por causa inmediata y única el fuego lanzado por la locomotora, con pruebas irrefragables. De lo contrario, las entidades públicas como los particulares se verían expuestos a indemnizaciones o reclamaciones fundadas en el simple avalúo de los daños, sin la prueba del hecho de donde se deriva su responsabilidad, cosa a todas luces inaceptable. Fuera de lo anterior, el Tribunal desconoce las pruebas que sirvieron a la Nación para fundar la aceptación del hecho, si alguno de sus actos la diera a entender, o los motivos para pensar en que lo aceptara, aunque fuera tácitamente.

"En los debates judiciales en que es parte la Nación, el Departamento o el Municipio, los hechos en que se apoya la demanda deben comprobarse en el plenario con pruebas fehacientes, aunque su representante en el juicio los acepte.

"Tampoco puede deducirse que el incendio fuera ocasionado por la locomotora, del simple hecho del paso de los trenes por la parte de la zona que colinda con el predio de Garzón, y de que en esa parte haya necesidad de avivar el fuego que las locomotoras llevan en sus hogares para levantar la presión y vencer la pendiente; es decir, del hecho conocido, el incendio, no puede deducirse necesariamente que éste fuera ocasionado por el fuego de la locomotora. Esto no puede ocurrírsele a nadie.

"En consecuencia, como el hecho principal de la demanda no se ha probado, la absolución de la parte demandada se impone; pues las resoluciones judiciales no pueden apoyarse sino en hechos plenamente establecidos, de donde se deduzca clara e inconfundible la relación jurídica demandada. Se imputó un hecho y no se dio la prueba de él, y no probada la imputabilidad, se carece de la base esencial para estudiar los demás puntos atrás planteados."

Segunda. Entre las pruebas practicadas en esta segunda instancia, a petición de la parte actora, figuran los testimonios jurados de Ricardo Rodríguez, foja 12 del cuaderno correspondiente, quien, en lo relativo al origen o causa del incendio, se refiere al aviso al respecto dado por el testigo Isaías Clavijo; quien también aparece ratificándose en su declaración rendida ante el señor Juez Municipal de Zipacón, y cuyo valor probatorio aparece apreciado en la sentencia de primera instancia. Y aunque es verdad que este testigo afirma en su primitiva declaración que vio que el fuego despedido de una locomotora del ferrocarril incendió los bosques de dichos señores Sáenz y Garzón, que primero se incendió la zona del ferrocarril en distintas partes, de donde pasó a los citados bosques; también lo es que los testigos Enrique Gutiérrez (foja 27) y Pablo Galeano (foja 29), declaran: el primero,

"..... que unos dos o tres días después, el exponente, personalmente, le preguntó al muchacho Isaías Clavijo, que él, que había dado el aviso del incendio, si él había visto cuando principió el incendio, y que dicho muchacho le contestó que cuando él había llegado al sitio del incendio, ya éste había tomado fuerza, y que en-

tonces fue cuando dio aviso al exponente como Jefe de Estación de Zipacón."

Aseveración ésta que está corroborada con el dicho jurado del testigo Galeano, quien declara:

"Que le consta personalmente que Isaías Clavijo sí era el guardalínea el día del incendio, pero cuando éste apareció no estaba Clavijo en ese sitio, sino a una distancia de un kilómetro, más o menos; pero que después de algunas horas bajó y procedió a apagar el incendio que había dentro de la zona del ferrocarril; que Clavijo no le dijo que el incendio hubiera sido producido por las chispas de la máquina del ferrocarril, precisamente porque él estaba en la parte de arriba cuando el incendio empezó y apareció en la propiedad del señor Garzón."

El hecho declarado por este testigo, unido a la circunstancia probada de que Clavijo fue despedido al día siguiente del oficio que desempeñaba en la Empresa del Ferrocarril, por el motivo de haber descuidado la guarda de la línea, hace sospechoso su dicho, y que no sea atendible como demostración de la causa del incendio de que se trata.

Es cierto también que el mismo testigo Galeano, cuidandero de la finca del señor Sáenz, declara ante la Corte lo siguiente (foja 29):

"..... Que fue cierto, por haberlo presenciado, que el veintiuno o veintidós de marzo, un domingo, de las doce a doce y media del día, sin que recuerde el año, estando el declarante de cuidandero de la finca del señor Daniel Sáenz, que queda lindando con la del doctor Julio C. Garzón, a continuación de la línea del ferrocarril, entre los kilómetros ciento quince y ciento diez y seis, vio que chispas de una locomotora del ferrocarril de Girardot, que subía, prendieron fuego en la zona del mismo ferrocarril, frente a las propiedades del señor Sáenz, y en las de una señora Natividad, cuyo apellido no sabe. Que al mismo tiempo vio fuego en la finca del señor Garzón, que queda contigua, pero que el declarante no vio si ese fuego hubiera sido producido por chispas del ferrocarril; que en todo caso ese fuego pasó a la finca del señor Sáenz."

Según este testimonio, el fuego producido en la zona del ferrocarril, frente a las propiedades del señor Sáenz y de la señora Natividad, fue causado por las chispas escapadas de la máquina; y simultáneamente "vio fuego en la finca del señor Garzón, que queda contigua, pero que el declarante no vio si ese fuego hubiera sido producido por chispas del ferrocarril."

De esta declaración tampoco se concluye que el siniestro ocurrido en la propiedad del señor Garzón hubiera sido ocasionado por las chispas despedidas de la locomotora; pues el propio declarante afirma que su percepción no se realizó sobre este hecho, que es la fuente generadora de la acción instaurada. Y en estas circunstancias es inútil hacer el estudio de las pruebas traídas para demostrar la existencia de perjuicios, porque siendo éstos una consecuencia del hecho dañoso, no estando legalmente demostrado éste, es ineficaz le demostración de ellos.

No hallándose, pues, demostrados legalmente en estos autos los extremos de la acción instaurada, es preciso absolver a la Nación de los cargos que le aparecen formulados en la demanda, tal como lo hizo el juzgador en la primera instancia.

Y por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia absolutoria que ha sido materia de revisión. Las costas de la segunda instancia son de cargo del actor, y oportuna y legalmente deberán ser tasadas.

Cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de donde procede.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva y por suma de pesos, sigue el Recaudador de Hacienda Nacional de Ibagué contra Juan Martín Arellano, éste, en tiempo hábil, propuso las siguientes excepciones: falsedad del instrumento ejecutivo, falsedad del decreto ejecutivo y pago de la deuda que se cobra.

Sustanciado el incidente en la forma legal, el Tribunal Superior de Ibagué, a quien tocó conocer de él en primera instancia, en providencia de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos treinta, declaró probada la excepción de pago, y como consecuencia, dispuso la cesación del juicio y el desembargo de los bienes materia de la traba ejecutiva, ordenando a la vez la consulta de tal providencia con esta Superioridad.

Tramitada la segunda instancia con el lleno de las formalidades que le son propias, se procede a decidir lo que se estima jurídico mediante las siguientes consideraciones:

"Bajo el imperio del artículo 35 de la Ley 100 de 1892, las sentencias contra la Nación, los Departamentos y los Municipios debían siempre consultarse con el superior, al no ser apeladas.

"El artículo 30 de la Ley 169 de 1896 modificó el anterior, en el sentido de hacer consultables dichas sentencias en el caso de que ellas declararan alguna obligación a cargo de tales entidades.

"En el caso que contempla el auto apelado, ninguna obligación se le ha impuesto a la Nación....."

Debe concluírse, por tanto, que no es consultable, y la Corte así debe declararlo.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se abstiene de revisar la providencia consultada.

Cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, marzo 25 de 1933. | Número 1874

Director, FERNANDO GARAVITO A.,

Relator de la Corte.

CORTE PLENA

ACUERDO NUMERO 7

(febrero 9 de 1933).

La Corte Suprema de Justicia,

considerando

Que el doctor Isaías Castro Vélez murió recientemente en esta ciudad;

Que el doctor Castro Vélez desempeñó con especial brillo y competencia los cargos de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá y Juez de Circuito;

Que además de sus importantes servicios prestados a la administración de justicia, el doctor Castro Vélez fue profesor en diversas Facultades de Derecho y Ciencias Políticas, contribuyendo así, generosa y patrióticamente con sus luces y talento, a la enseñanza de la juventud universitaria;

Que en todos esos cargos y a través de toda su vida, se distinguió por su elevado espíritu público, por su desinteresada consagración al estudio y adelanto de las ciencias jurídicas, en lo que se reveló como un verdadero maestro,

acuerda:

La Corte Suprema de Justicia deplora el fallecimiento del doctor Isaías Castro Vélez, rinde tributo de admiración y respeto a su memoria, y presenta su labor en servicio de la República como ejemplo a los Magistrados y Jueces y a la juventud estudiosa.

Por la Presidencia se designará una comisión que ponga en manos de la señora viuda e hijos del doctor Castro una copia de este Acuerdo, en edición de lujo, el cual debe enviarse también al honorable Concejo Municipal de Chaparral.

Dado en Bogotá a nueve de febrero de mil novecientos treinta y tres.

El Presidente, PARMENIO CARDENAS—El Vicepresidente, FRANCISCO TAFUR A.—José Miguel Arango. Enrique A. Becerra—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Luis F. Rosales—Tancredo Nannetti—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

En la sucesión de Miguel Pérez Carranza los legatarios de Miguel M. y Carlos A. Pérez objetaron el trabajo de partición haciéndole las siguientes objeciones:

"Primera objeción. La partición se ha verificado en un todo contra las prescripciones de la ley y del testamento. Allí se hace una distribución caprichosa de los bienes de la sucesión, sin tener en cuenta las especies destinadas en el testamento a legados, como ha sido la voluntad del testador; las especies destinadas a determinados legados han sido distribuídas arbitrariamente para cubrir asignaciones de cuota, que solamente deben pagarse en dinero, si para ello hay fondos disponibles. Pero en este caso la especie legada a determinada persona se ha distribuído entre legatarios de cuotas y entre legatarios de distintas especies, y viceversa. Por este aspecto se han cometido graves errores y se han violado las disposiciones legales y las del testamento; esto solo es suficiente para invalidar ese trabajo.

"Segunda. No se ha tenido en cuenta que hay legados de especie y legados de cuota y se han considerado a todos los legatarios como de cuota, haciendo una distribución numérica, teniendo en cuenta los avalúos dados a los bienes asignados como legados; como ya lo digo, los legados de especie hay que adjudicarlos como están hechos y los de cuota o cantidad de dinero, se deben pagar en dinero, si para ello hay fondos de la sucesión; si no hay, nada se manda pagar. Por este aspecto es ilegal el trabajo de partición y suficiente causal de nulidad.

"Tercera. Los legados de especie han sido desmembrados ilegalmente, tanto para pagar legados de cuota, como se deja dicho, como para pagar deudas de la sucesión, siendo así que esta clase de legatarios (de especie), no tienen porqué contribuír al pago de las deudas de la sucesión; esta contribución debe ser **a prorrata de los valores de sus respectivos legados,** es decir, en dinero. Pero en ningún caso se pueden disgregar esos bienes para una u otra cosa, dividiendo las especies: así lo enseña claramente el artículo 1420 del Código Civil.

"Cuarta. Las especies legadas no se pueden disgregar tampoco para completar alguna legítima—caso de que haya que hacerlo—porque según el artículo 1420 que dejo citado, "los legatarios que deban contribuír al pago de las legítimas o de las deudas hereditarias, lo harán a prorrata de los valores de sus respectivos legados, y la

porción del legatario insolvente no gravará a los otros." Lo que quiere decir que la obligación de cada legatario es contribuir en dinero a completar esa legítima o al pago de los créditos pasivos, y la insolvencia de unos no perjudica a los demás; es decir, solamente nace una obligación personal contra los legatarios. Por nuestra parte estamos listos a contribuir, llegado el caso. Pero en este caso se ha omitido toda prescripción legal y se ha contrariado en un todo la voluntad del testador, por lo cual debe igualmente invalidarse la partición en un todo."

El Juez las desechó, y apelada la sentencia, el Tribunal de Bogotá la confirmó en todas sus partes.

Recurrieron en casación los legatarios, y como el recurso es admisible, se estudia.

Se acusa el fallo por quebrantamiento de los artículos 1270, 1375 y 1127 del Código Civil, y se hace consistir esa violación en que el partidor asignó para el pago de ciertas deudas y ciertos legados, bienes que el testador no había destinado para esos fines.

Se observa:

El partidor no reformó el testamento al destinar al pago de las deudas de la sucesión y de algunos legados bienes que el testador había destinado a otros usos, reduciendo los legados proporcionalmente, porque antes de la partición se había dictado sentencia reformando el testamento del señor Pérez en el sentido de reducir los legados en todo lo que pudiera afectar la legítima del legitimario, y esa sentencia conserva hoy toda su fuerza, ya que no ha sido invalidada conforme a la ley.

Es verdad que el testador hizo la partición de sus bienes en el testamento, pero como ese testamento fue reformado por sentencia firme que ordenó rebajar los legados proporcionalmente para no afectar la legítima de María Engracia Díaz, el partidor ni el Tribunal estaban obligados a ceñirse a la partición hecha por el difunto, puesto que por fallo judicial, pasado en autoridad de cosa juzgada, se ordenó modificar esa partición porque afectaba derechos ajenos.

No se desconoció tampoco lo preceptuado por el artículo 1127, porque la voluntad del testador, aunque claramente manifestada en la partición, se oponía a las prescripciones legales, que ordenan que por medio de legados no se puede minorar la legítima de los legatarios.

Además, no es cierto que el partidor hubiera pagado los legados en especies distintas de las asignadas en el mismo testamento para cubrirlos, ni eso lo han demostrado los recurrentes.

No está por demás transcribir las razones del sentenciador para rechazar las objeciones. Ellas son:

"Seguramente al oponer estas objeciones, los recurrentes entendieron que la séptima de las objeciones propuestas, que más adelante se estudia, es verdadera y que hay posibilidad jurídica para admitirla.

"Cierto es que la adjudicación hecha a los recurrentes no corresponde por su cuantía a la fijada en el testamento del causante Pérez Carranza, pero no lo es que se hubiera hecho en especie distinta de la asignada en el mismo testamento, para cubrirla. Lo primero es aplicación o ejecución del punto cuarto de la sentencia sobre reforma del testamento del causante Pérez Carranza, dictada por el mismo Juzgado a quo en el juicio ordinario que se promovió para tal efecto.

"Dice, en efecto, el numeral cuarto de la parte resolutiva de la mencionada sentencia, que en copia debidamente autenticada y convenientemente registrada, se trajo oportunamente a los autos:

"Cuarto. Los legados hechos por el señor Miguel Pérez Carranza a favor de Orosia Pérez, Ana Lucía, María Teresa y Concepción Díaz, Belén y Jobita Ortices, Carlos Antonio, Miguel María y Antonio Pérez, Concepción Díaz Caicedo, Carlota Bernal, Angel María Ortiz, Elvira y Concepción Carreras, Manuel Enrique y Blanca María Porras, Telésforo Bernal, Dolores Toro, la Iglesia de Fusagasugá y el Hospital de Caridad de Fusagasugá, deben reducirse proporcionalmente en todo aquello que alcance a afectar la legítima, pero el Hospital y la Iglesia no concurrieron al pago de la legítima sino en la forma y lugar prescritos por el artículo 1420 del Código Civil.

"Según esto, los legados de especie hechos por el testamento de Pérez Carranza a los recurrentes, debían reducirse proporcionalmente en todo aquello que alcanzara a afectar la legítima de María Engracia Díaz, legítima equivalente a la mitad del acervo líquido inventariado. **La proporcionalidad** de la reducción decretada resulta necesariamente de las operaciones aritméticas respectivas.

"El Tribunal no acoge, por ser contraria a la ley y a principios que la informan, la tesis de los recurrentes, de que la obligación impuesta a los legatarios, en la parte transcrita aquí, sea apenas una obligación personal y que, por lo mismo, la especie asignada en el testamento deba adjudicárseles tal como se dispuso por el testador en su declaración de última voluntad, dejando a salvo una mera acción del legitimario contra los legatarios para obligarlos a que concurran al pago de todo aquello que menoscabe la legítima. Lo que la sentencia dispuso con claridad que no admite duda, fue que los legados hechos por Miguel Pérez Carranza en su testamento a las personas ya indicadas **"deben reducirse proporcionalmente en todo aquello que alcance a afectar la legítima."** En ninguna parte se lee que los legatarios hubieran sido condenados a contribuir proporcional y personalmente al pago de todo aquello que menoscabara la legítima del legitimario. Con cordura y desinterés personal no puede llegarse a la conclusión de los recurrentes a este respecto.

"Y en cuanto a la interpretación que los apelantes dan en su memorial de objeciones al texto del artículo 1420 del Código Civil, bastaría saber que en la sentencia de que se ha hablado se le dio una aplicación distinta a la que los mismos recurrentes pretenden ahora. Además, no es cierto que la obligación que la ley impone a los legatarios de contribuir en la proporción del valor de sus legados al pago de las legítimas, sea apenas una obligación personal, de contribuir proporcionalmente en dinero para ese efecto; la intención de la ley es otra, la manera de aplicar el mandante es la indicada en la sentencia dicha y la forma de ejecución es la practicada en el trabajo de partición y adjudicación. No sería posible pretender que el derecho real de herencia se cubriera con obligaciones personales, como lo entienden los recurrentes.

"Quinta objeción. Aparece propuesta así:

'Quinta. Los legatarios solamente están obligados a concurrir al pago de las deudas hereditarias, a prorrata del valor de sus respectivos legados, 'cuando al tiempo

de abrirse la sucesión no haya habido en ella lo bastante para pagar las deudas hereditarias.' (Artículo 1419 del Código Civil); en el presente caso sí había bienes suficientes pertenecientes a la sucesión para el pago de esas deudas hereditarias, a excepción de un pequeño saldo aproximadamente de trescientos pesos moneda legal, que es la parte que los legatarios creemos estar obligados a contribuír a ese pago; por lo demás no pueden mermarse las especies legadas para el pago de deudas hereditarias y de legítimas, como ya lo dijimos. Por este otro aspecto lo es también ilegal el trabajo de partición y debe invalidarse.'

"Que de acuerdo con el texto del artículo 1419 del Código Civil, los legatarios de especie o cuota estén obligados a contribuír al pago de las deudas hereditarias en la proporción de sus respectivos legados y esto cuando al tiempo de abrirse la sucesión no haya habido en ella lo bastante para cubrirlas, aunque sea cierto, no quiere decir nada en el caso presente. Basta revisar el inventario, que es la minuta o lista de los bienes dejados por el causante al tiempo de su fallecimiento, para convencerse de que la afirmación de que la sucesión contara con bienes bastantes para cubrir las deudas hereditarias, es, cuando menos, gratuita de los recurrentes. Y en cuanto a la reducción de las legítimas que se verificó en la partición, lo dicho ya es suficiente para redargüir el fundamento de la objeción.

"Sexta objeción. Dice: 'Para el pago de deudas solamente pueden destinarse en el presente caso los bienes dejados por el causante para tal efecto y que constan en el inventario; y en caso de que no sean suficientes, debe responder el heredero reconocido.'

"Según se ve, esta objeción es absolutamente vaga, porque en ella no se concreta qué aplicación tiene el concepto de los recurrentes en el caso de autos. Que sólo los bienes destinados por el causante en su testamento para el pago de las deudas, puede destinarse para cubrirlas y que si tales bienes no fueren bastantes para hacerlo, debe responder el heredero. Es una nueva afirmación gratuita de los apelantes, contraria a derecho y a lo que ellos mismos alegan como fundamento de su quinta objeción, donde reconocen que los legatarios están obligados por la ley a contribuír proporcionalmente a sus legados al pago de las deudas de la herencia.

"Es cierto que los bienes destinados por el testador en su testamento para el pago de las deudas se aplican de preferencia en la partición para ese efecto; pero si esos bienes no fueron suficientes, los legados se rebajarán a prorrata (artículo 1433 del Código Civil), y la parte insoluta de esas deudas no es, por tanto, de cargo de los herederos únicamente. Entender otra cosa es no sólo ignorar la ley, sino querer una injusticia.

"Séptima objeción. Esta séptima y última objeción está concebida así:

'La partición debe hacerse en un todo conforme al testamento y no de acuerdo con la sentencia de que se ha presentado copia en este juicio de sucesión, del juicio que se surtió sobre reforma del testamento que sirve de base a esta sucesión, entre el señor Benjamín Escobar y los suscritos y otros, porque esa sentencia, así como todo el juicio en que fue dictada, adolecen del vicio de nulidad, consistente esta nulidad en que no se notificó la demanda y consiguientemente no se corrió traslado de ella a toda la parte demandada, que la componíamos un número plural de personas, lo que constituye nulidad en esta clase de juicios (artículo 126, Ley 105 de 1890); además, la sentencia se dictó sin tener jurisdicción el Juzgado sentenciador, pues ésta la había perdido en virtud de haber concedido una apelación en efecto suspensivo y aún no había readquirido esa jurisdicción cuando se dictó el fallo.'"

No se ha comprobado que el partidor no hubiera repartido entre todos los legatarios, proporcionalmente, lo que faltaba para el pago completo de las deudas y para el pago de la legítima, para que pueda decirse que quebranta el artículo 1419 y 1420 del Código Civil.

Considérase violado el artículo 1284 del Código Judicial por falta de aplicación al caso del pleito. Preceptúa esa disposición que si la partición se objetare, el Juez, previa citación de las partes, resolverá si debe o nó rehacerse la partición. Eso fue lo que hizo y de allí nació esta casación; se negaron las objeciones y se aprobó la partición.

Por último, se acusa el fallo por el quebrantamiento de los artículos 1849, 670, 740, 745 y 746 del Código Civil, por cuanto en la sentencia no se reconoce a los recurrentes el carácter de legatarios en los derechos hereditarios que compraron y hacen consistir ese quebrantamiento en que la escritura de compra fue anterior al momento en que se hicieron las objeciones.

Puede ser cierto que los cesionarios fueran dueños de los derechos hereditarios desde el momento en que se registró esa venta, pero el Juez no les podía reconocer ese carácter sino desde el día en que fuera presentada la respectiva escritura, pues de otra manera no podía tener conocimiento oficial del contrato de compraventa, y si oportunamente no la presentaron hoy tienen que correr las consecuencias de esa falta de personería.

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

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha quince de mayo de mil novecientos veintinueve.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

La casa comercial de Alejandro Angel & Compañía, Inc., por medio de apoderado, demandó ante el Juez 1º del Circuito de Manizales a la "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial," representada por su Gerente el señor Justiniano Londoño, a éste en su propio nombre, y a Emilio Correa, como fiador de la misma Compañía, para que se hagan por la sentencia las siguientes declaraciones y condenaciones:

"a) Que los demandados, es a saber: 'Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial,' Justiniano Londoño y

Emilio Correa A. son deudores solidarios de la sociedad demandante 'Alejandro Angel & Compañía, Inc.,' por la suma de siete mil trescientos veintidós pesos setenta y cuatro centavos ($ 7,322-74) oro americano, o su equivalente en moneda colombiana el día del pago, el cual deben hacer en esta ciudad dentro de seis días.

"b) Que los demandados son también deudores solidarios de los intereses que la siguiente suma haya devengado al ocho por ciento (8 por 100) anual hasta el 1º de noviembre de 1923, y de los corrientes que toda la suma mencionada en la letra anterior haya devengado y devengue desde esta fecha hasta el día en que se haga el pago total: de $ 69-78, desde el 28 de octubre de 1920; de $ 5,449-40, desde el 5 de noviembre de 1920; de $ 1,584-58, desde el 26 del mismo noviembre; de $ 426-29, desde el 17 de diciembre de 1920; de $ 65-57, desde el 30 del mismo diciembre; de $ 81, desde el 7 de enero de 1921, y de $ 55-30, desde el 12 de febrero de 1921. Estos intereses serán pagados en los mismos lugar y tiempo señalados en la letra anterior.

"c) Para el caso de que el demandado señor Justiniano Londoño no sea condenado como deudor solidario por toda la deuda, pido en subsidio que se le declare que responde solidariamente con los otros demandados por el sesenta por ciento de dicho capital e interés, y

"c) Sic. Que los mismos demandados deben cubrir al demandante los gastos que éste empleare en el presente juicio."

La demanda se apoyó en los siguientes hechos:

"1º Por escritura número 750, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito el 12 de septiembre de 1917, se constituyó la sociedad anónima 'Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial,' la cual se regiría conforme a los estatutos de que da cuenta dicha escritura. Entre las bases de constitución tenemos que dicha sociedad dura hasta el año de 1940; que perdido un cuarenta por ciento del capital social se debe proceder a la disolución y liquidación de dicha sociedad, y que el Gerente de la sociedad—que lo fue el señor Justiniano Londoño—desde la fecha de la escritura, sin haber sido reemplazado hasta hoy, tiene facultad suficiente para contraer obligaciones en nombre de la sociedad, con la limitación de que cuando el monto de dichas obligaciones exceda de mil pesos ($ 1,000) oro, deberá preceder autorización especial de la Junta Directiva de dicha Sociedad.

"2º Como consta en el documento privado extendido en esta ciudad el 31 de octubre de 1921, el cual acompaño para que se tenga como prueba, el citado señor Londoño, en su carácter de Gerente de la mentada sociedad demandada, y con autorización expresa de la Junta Directiva de dicha sociedad, autorización transcrita en el mismo documento y de la que también acompaño copia auténtica expedida por el Secretario de aquella Junta, reconoció en contra de la sociedad que representa y en favor de la sociedad en cuyo nombre hablo, una deuda de siete mil trescientos veintidós pesos con setenta y cuatro centavos ($ 7,322-74) oro americano, la cual debía ser pagada dentro de los dos años siguientes a la fecha del documento, junto con los intereses estipulados en la forma y plazos consignados en el número 4 de dicho documento; el pago debería ser hecho en letras sobre Nueva York, a la vista, y a satisfacción de la Casa acreedora.

"3º El señor Emilio Correa A. se constituyó por su parte fiador de la deuda constante en el documento citado, y de su responsabilidad existe la constancia privada que también acompaño suscrita por dicho señor en esta ciudad el 30 de octubre de 1921. Dicha constancia es bien clara al respecto, y en virtud de la fianza citada el fiador quedó obligado como fiador solidario, por ser la obligación principal de carácter mercantil, ya en virtud del contrato en sí mismo, ya por ser los contratantes comerciantes según el Código de Comercio.

"4º Cuando el señor Londoño firmó como Gerente de la sociedad deudora el documento mencionado, ya esta sociedad se encontraba en quiebra conforme a los estatutos de la misma, por haber disminuído su capital líquido en más de un 40 por 100, caso previsto en la escritura social para la disolución y liquidación de la sociedad que representa. Esta disminución del capital social se ha agravado cada día hasta el punto de que hoy, según lo manifestado por dicho Gerente, nada existe de ese capital, sin que hasta ahora el mentado Gerente ni persona alguna se haya presentado ante las autoridades de que tratan los artículos 586 y 589 del Código de Comercio, a cumplir los deberes que imponen estas disposiciones y la escritura de constitución.

"5º Como la deuda constante en el documento privado que acompaño no ha sido pagada ni en todo ni en parte, resulta que la omisión del señor Gerente en el cumplimiento de las obligaciones citadas en el número anterior, es una acción culpable de su parte con la cual ha causado a la casa acreedora notables perjuicios, porque ha contribuído a que dicha deuda quede sin valor real alguno en cuanto respecta al deudor principal, y con un valor muy relativo en cuanto se refiere al fiador señor Correa A., por no conocérsele a éste bienes suficientes para cubrirla.

El representante de la Compañía demandada por medio de apoderado contestó la demanda conviniendo en el derecho que alega la sociedad demandante para cobrarle a la primera, pero únicamente a ésta, la suma de pesos que se expresa en la demanda.

En cuanto a los hechos dijo:

Al primero. Es cierto.

Al segundo. Es cierto.

Al tercero. Es cierto que el señor Emilio Correa se comprometió como fiador, pero en el documento respectivo no consta que esa fianza fuera solidaria.

Al cuarto. No es cierto, y lo niego.

Al quinto. No es cierto, y lo niego.

El demandado Correa se opuso a que se hagan las declaraciones pedidas en la demanda. En cuanto a los hechos dijo:

Al primero. Como no tengo a la vista la escritura que se cita, lo niego para que se pruebe.

Al segundo. Es cierto.

Al tercero. Tal como está concebido lo niego. No soy fiador solidario, como consta en el mismo documento que se cita.

Al cuarto. No es cierto y lo niego.

Al quinto. Es hecho que no me corresponde y por eso lo niego.

Justiniano Londoño, como demandado en su propio nombre, por medio de apoderado contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones que se solicitan. En cuanto a los hechos contestó así:

Al primero. No tengo a la vista la escritura que se cita y por eso lo niego para que se pruebe.

Al segundo. Es cierto.

Al tercero. Es hecho que no me corresponde.

Al cuarto. No es cierto y lo niego.

Al quinto. No es cierto.

En seguida dijo:

"Propongo las excepciones perentorias de carencia de acción o petición de modo indebido, inexistencia de la obligación, en cuanto se refiere a mi mandante."

Por sentencia de fecha veintitrés de agosto de mil novecientos veintisiete, el Juez absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda por haber encontrado probada la excepción de petición de un modo indebido.

El Tribunal Superior de Manizales, a cuyo conocimiento pasó el asunto, en virtud de apelación interpuesta por la parte demandante y en fallo de diez y nueve de septiembre de mil novecientos veintinueve, confirmó el de primera instancia, pero por razones distintas de las invocadas por el Juez.

Contra esta sentencia la parte demandante interpuso recurso de casación, que es admisible y se procede a decidir.

Se invoca la primera de las causales que enumera el artículo 2º de la Ley 169 de 1896 y en apoyo de ella el apoderado del recurrente alega varios motivos:

1º Error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas que acreditan la existencia de la sociedad demandante como sociedad de derecho y consiguiente violación de varias disposiciones sustantivas.

Como pruebas mal apreciadas señala el recurrente las siguientes:

1ª Las escrituras números 750 y 806 de doce de septiembre y primero de octubre de mil novecientos diez y siete, otorgadas ambas en la Notaría del Circuito de Manizales (folios 5 a 22 del cuaderno número 2), por la primera de las cuales se constituyó la sociedad anónima denominada "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial," y la segunda por la cual se aumentó su capital, en virtud de autorización de la Asamblea General de Accionistas, protocolizada e inserta en esta última escritura, en la cual se dejó también constancia de haberse registrado el extracto de la primera escritura y publicádose en el periódico **Renacimiento**, de la ciudad de Manizales.

2ª El documento privado de fecha treinta y uno de octubre de 1921 (folios 7 y 8 del cuaderno 1º), por el cual Justiniano Londoño, hablando como Gerente de la sociedad ya nombrada, después de declarar que ésta debe a la Casa de Alejandro Angel & Compañía, Inc., de Nueva York, la suma de siete mil trescientos veintidós pesos setenta y cuatro centavos ($ 7,322-74) oro americano, con intereses a la tasa allí estipulada y pagadera en letras a la vista sobre Nueva York, hace estas declaraciones:

"1ª Que soy Gerente de la sociedad anónima denominada 'Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial,' según nombramiento que se me hizo en la escritura de constitución, que es la número setecientos cincuenta, de doce de octubre de mil novecientos diez y siete, otorgada en la Notaría segunda de este Circuito, cuyo extracto se registró oportunamente en el Juzgado 1º del Circuito y se publicó en el número quinientos veintinueve de **Renacimiento**, correspondiente al veinticuatro de septiembre del mismo año.

"2ª Que he desempeñado dicho cargo de Gerente y que en él no he sido reemplazado hasta la fecha."

Los conceptos del Tribunal en los cuales se apreciaron mal las pruebas anteriores, son éstos:

"....Se ha insinuado ya que hay petición de modo indebido y así lo considera el Tribunal, por las razones que en seguida se expresan:

"De acuerdo con el artículo 469 del Código de Comercio, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la escritura social, los socios deben entregar en la Secretaría del Juzgado del lugar en que se establezca el domicilio social, un extracto de ella, certificado por el Notario que lo hubiere autorizado. Tal extracto debe ser registrado en la Secretaría del Juzgado donde se presente, y publicado en un periódico del Departamento, o por carteles, debiendo justificarse la publicación con un ejemplar certificado por el impresor o Director, si se ha publicado en periódico, o con la certificación del Secretario del Juzgado, si tal publicación se ha hecho por carteles. Así lo establecen los artículos 470 y 471 del mismo Código.

"El artículo 472 dice que la omisión de la escritura social o del registro y publicación del extracto produce nulidad absoluta entre los socios, quienes responderán sin embargo, solidariamente, a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho.

"Quiere decir lo anterior, que no apareciendo la prueba de que el extracto de la escritura por la cual se constituyó la 'Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial,' como sociedad anónima, hubiera sido registrado y publicado, como lo disponen los artículos antes citados, tal compañía sólo puede considerarse como una sociedad de hecho y el señor Londoño responsable solidariamente con los otros como socio de tal sociedad, pero no como Gerente de una compañía anónima cuya existencia legal no aparece probada.

"Y se advierte que el Tribunal en este caso da vital importancia al requisito del registro y publicación del extracto social, no obstante lo que sobre la falta de la prueba de la publicación de tales extractos, ha dicho en ocasiones distintas y recientes, no sólo en razón de lo dispuesto en tales artículos, sino porque en la misma escritura número 750 de 12 de septiembre de 1917, y por la cual se formó la 'Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial,' se dijo claramente bajo la cláusula tercera, que la sociedad duraría desde el día en que se publicara el extracto de la escritura hasta el 23 de diciembre de 1940.

"Tal cláusula dice:

'Tercero. La sociedad durará desde el día en que se publique el extracto de esta escritura hasta el 23 de diciembre de mil novecientos cuarenta (1940), en que expira el término de la patente mencionada.'

"Es decir, que si en la misma escritura social se señaló como requisito para que la sociedad empezara a existir legalmente la fecha en que el extracto legal se publicara, no apareciendo la prueba de tal publicación no puede saberse si tal sociedad existe legalmente, y por tanto sólo puede tenérsele como sociedad de hecho."

Dice el recurrente que no obstante aparecer de los documentos relacionados la prueba plena de la constitución de la sociedad demandada con la escritura pública exigida por la ley, y de haberse subsanado la falta de la prueba directa del registro del extracto y su publicación con la certificación del Juez de haberse quemado los archivos en que estaban los libros en que se hizo el registro, y con la constancia que dejó el Gerente de la Compañía, tanto en el documento de deuda como en el acta de la Asamblea de Accionistas, sobre registro y publicación oportunos del extracto social, pruebas más valiosas que declaraciones de testigos, para acreditar que éste se quemó, el Tribunal se empeña en que se lleve al presente juicio el extracto, y por no haber admitido siquiera como verosímil el hecho del registro citado, violó los artículos 682 y 683 del Código Judicial y 465 y 551 del Código de Comercio, los primeros por no haberse admitido la prueba de la destrucción del extracto por el incendio, ni los demás documentos que hacen verosímil que existió el extracto, y los segundos porque ellos sólo exigen, sobre todo en lo que se refiere a terceros, la existencia de una sociedad colectiva o de una anónima, que se constituya por escritura pública debidamente registrada, conforme al Código Civil.

Se considera:

La primera de estas disposiciones establece que no es admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar por documentos o pruebas escritas preestablecidas por las leyes, como por ejemplo, la calidad de ser o haber sido empleado público un individuo, etc. La segunda de estas disposiciones requiere la prueba de dos hechos:

1º La de que los documentos que deben servir de prueba principal han desaparecido; y

2º La prueba supletoria del hecho principal que se trata de establecer. Sólo en el caso de que se compruebe el primer hecho es admisible la segunda, consistente en otros documentos que reemplacen a los perdidos, o hagan verosímil que existieron; o prueba testimonial que complemente esos documentos, o establezca directamente el hecho principal, justificándose de modo pleno la desaparición de la prueba escrita.

En el presente caso se comprobó con el certificado del Secretario del Juzgado 1º del Circuito de Manizales, que obra al folio 40 del cuaderno 2º, que "los libros del Registro de extractos correspondientes a los años de 1917 en adelante, se destruyeron con otros del Juzgado en el incendio ocurrido en esta ciudad (de Manizales), en marzo del año pasado (de 1927), por lo cual puede asegurarse que en los libros existentes hoy no puede existir el registro de las escrituras números 750 y 806 del 12 de septiembre y el 1º de octubre de 1917."

Ahora, ¿acreditó el demandante con otros documentos o con declaraciones de testigos, el hecho principal, o sea, que se registró y publicó oportunamente el extracto de la escritura social?

El recurrente sostiene que esa prueba aparece de la constancia que el señor Justiniano Londoño, hablando como Gerente de la Compañía demandada, dejó tanto en el documento de deuda que se trata de hacer efectiva en este juicio, como en el acta de la Asamblea General de Accionistas, inserta en la escritura número 806 de 1º de octubre de 1917, otorgada en la Notaría de Manizales. Efectivamente, en el acta de fecha 25 de septiembre de 1917, inserta en esta última escritura (folios 19 a 22 del cuaderno 2º), aparece que el señor Justiniano Londoño, en su carácter de Gerente de aquella Compañía, dio cuenta a la Asamblea General de Accionistas de lo siguiente: "de haber recibido satisfactoriamente los semovientes y enseres que aportaron algunos socios, de que se habló en la escritura de constitución de la sociedad, de haberse registrado el extracto de dicha escritura en el Juzgado 1º de este Circuito y de haberse publicado el extracto de tal escritura en el número 529 del periódico **Renacimiento**, de esta ciudad, correspondiente al día de ayer. La misma constancia aparece en el documento de la deuda que aquí se cobra, de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos veintiuno (folios 7 a 9 del cuaderno número 1).

Ante declaraciones tan terminantes y formales del señor Londoño, como Gerente de la sociedad demandada en la sesión de la Asamblea de Accionistas y al comprometer a la sociedad que representaba en el documento de deber que suscribió y que hoy se trata de hacer efectivo en este juicio, lo mismo que del conocimiento que debió tener de aquellas declaraciones la sociedad demandante cuando contrató con la primera, no puede la Corte desconocer que se llena con tales constancias la exigencia del artículo 683 del Código Judicial, de ser por lo menos verosímil el registro y publicación oportunos del extracto de la escritura pública constitutiva de la sociedad anónima denominada "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial," o sea, dentro de los quince días siguientes al registro de la misma escritura en la oficina de Registro de instrumentos públicos y privados, porque este último se llevó a cabo el diez y ocho de septiembre de mil novecientos diez y siete, según el certificado del Registrador de instrumentos públicos de Manizales, que obra a los folios 22 y vuelto del cuaderno número 2 y porque la manifestación del Gerente Londoño, respecto del registro y publicación del extracto social, es de fecha veinticinco del mismo mes de septiembre de 1917.

No habiendo el Tribunal aceptado como verosímil el registro y publicación del extracto, en relación con la escritura pública de constitución de la sociedad demandada, violó el citado artículo 683 del Código Judicial y los artículos 465 y 551 del Código de Comercio y por tanto es casable la sentencia materia del recurso, lo que hace innecesario el estudio de los demás motivos de casación alegados por el recurrente.

Para dictar la sentencia de instancia se considera:

La parte demandante comprobó su personería con la protocolización en la Notaría primera del Circuito de Medellín, Departamento de Antioquia, del poder conferido por el representante de aquélla en Nueva York, protocolización contenida en la escritura número 1537 del cinco de junio de mil novecientos veintitrés, de dicha Notaría. Y por lo que hace a la compañía demandada, obra en autos la escritura número 750, de doce de septiembre de mil novecientos diez y siete, de la Notaría segunda de Manizales, debidamente registrada, en que se constituyó la sociedad anónima denominada "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial."

En el primer capítulo de la demanda se pide la declaración de que "los demandados, es, a saber: Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial, Justiniano Londoño y Emilio Correa A., son deudores solidarios de la

sociedad demandante Alejandro Angel & Compañía, Inc., por la suma de siete mil trescientos veintidós pesos setenta y cuatro centavos oro americano, o su equivalente en moneda colombiana el día del pago, el cual deben hacer en esta ciudad dentro de seis días." Y la segunda petición que los mismos demandados "son también deudores solidarios de los intereses que las siguientes sumas hayan devengado al ocho por ciento (8 por 100) anual, hasta el día 1º de noviembre de 1923, y los corrientes que toda la suma mencionada en la letra anterior (a) haya devengado y devengue desde esta fecha hasta el día en que se haga el pago total: de $ 69-78, desde el 28 de octubre de 1920; de $ 5,049-40, desde el 5 de noviembre de 1920; de $ 1,584-58, desde el 26 del mismo noviembre; de $ 426-29, desde el 17 de diciembre de 1920; de $ 56-57, desde el 30 del mismo diciembre; de $ 71-80, desde el 7 de enero de 1921, y de $ 55-30, desde el 12 de febrero de 1921. Estos intereses serán pagados en los mismos lugar y tiempo señalados en la letra anterior."

En el documento privado de fecha 31 de octubre de 1921, suscrito en Manizales por el señor Justiniano Londoño, éste dijo:

"Yo, Justiniano Londoño, mayor y vecino de esta ciudad, declaro:

"1º Que soy Gerente de la sociedad anónima denominada 'Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial,' según nombramiento que se me hizo en la escritura de constitución que es la número setecientos cincuenta de doce de septiembre de mil novecientos diez y siete, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, cuyo extracto se registró oportunamente en el Juzgado primero de este Circuito, y se publicó en el número quinientos veintinueve de **Renacimiento**, correspondiente al veinticuatro de septiembre del mismo año.

"2º Que he desempeñado dicho cargo de Gerente, y que en él no he sido reemplazado hasta la fecha.

"3º Que en dicha calidad de Gerente reconozco que la expresada compañía debe a Alejandro Angel & Compañía, incorporada, de Nueva York, la cantidad de siete mil trescientos veintidós pesos setenta y cuatro centavos ($ 7,322-74) oro americano, procedentes de mercancías que le despachó de Nueva York a la 'Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial,' a virtud de pedidos hechos por ésta en Manizales y las cuales mercancías recibió a entera satisfacción.

"4º Que dicha cantidad la pagará la compañía deudora en letras a la vista sobre Nueva York, a satisfacción de la casa acreedora, dentro de dos años, a contar desde hoy, abonando intereses así: sobre sesenta y nueve pesos con setenta y ocho centavos, desde el veintiocho de octubre de mil novecientos veinte; sobre cinco mil cuarenta y nueve pesos con cuarenta centavos, desde el cinco de noviembre del mismo año; sobre mil quinientos ochenta y cuatro pesos cincuenta y ocho centavos, desde el veintiséis de noviembre del mismo año; sobre cuatrocientos veintiséis pesos veintinueve centavos, desde el diez y siete de diciembre del mismo año; sobre setenta y un pesos con ochenta y dos centavos, desde el siete de enero de mil novecientos veintiuno, y sobre cincuenta y cinco pesos con treinta y ocho centavos, desde el doce de febrero del mismo año de mil novecientos veintiuno.

"5º Que los intereses serán a la rata del ocho por ciento anual.

"6º Que en caso de demora abonarán durante ella intereses corrientes sin perjuicio de las acciones del acreedor.

"7º Que para el reconocimiento de las obligaciones que la compañía deudora contrae por medio del presente documento, he sido debidamente autorizado por la Junta Directiva de la misma, según copia autorizada que del acta respectiva se entrega a los acreedores señores Alejandro Angel & Compañía."

Por lo que hace a la compañía demandada, su Gerente Justiniano Londoño, por medio de apoderado, confesó que dicha compañía debía a la demandante la suma con sus intereses estipulados en el documento que se deja transcrito. Esa confesión se hizo en la contestación de la demanda y además en posiciones que el mismo señor Londoño absolvió en el término de prueba de la primera instancia del juicio. También aparece que la Asamblea General de Accionistas de la "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial," autorizó a su Gerente Justiniano Londoño para reconocer a la compañía demandante la suma con sus intereses materia de la demanda. Por consiguiente, no hay duda que de acuerdo con lo que dispone el artículo 575 del Código Judicial, la "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial" debe ser condenada a pagar por medio de su Gerente la suma que se le cobra con los intereses a la tasa allí estipulados.

Para no hacer este reconocimiento, el Juez de primera instancia declaró que si bien estaba probada la deuda, había una petición de modo indebido, porque conforme al documento de obligación la compañía demandada sólo debe en letras la suma que se le cobra y no la cantidad misma que se pide al demandante. Que no es indiferente reconocer una u otra cosa porque las letras no ganan interés como la suma que por ellas se manda pagar.

No lo estima así la Corte, porque una cosa es la obligación misma y otra la forma de cumplirla. Por eso en el punto tercero del documento suscrito por el Gerente de la compañía demandada se reconoció la deuda por la cantidad que allí se expresa, y en el punto cuarto se declara por el deudor la forma de solucionar la obligación, lo cual, como lo dice el Tribunal, no afecta la existencia misma de la obligación que se soluciona dando la suma debida con sus intereses en letras, hasta concurrencia de aquélla y de éstos, sin que por lo mismo se presente la dificultad que anota el Juez de que las letras no pueden ganar intereses.

Respecto de la sociedad denominada "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial," no es pues fundada la excepción de petición de un modo indebido que halló probada el Juez de primera instancia.

Se demandó igualmente al señor Emilio Correa A. como fiador solidario de la "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial," en virtud del compromiso suscrito por aquél con fecha 30 de octubre de 1921, en el cual declara que se constituye "fiador de dicha compañía por el cumplimiento—dice la expresada constancia—de las obligaciones contraídas por ella según el documento firmado en esta misma fecha por el Gerente señor Justiniano Londoño, a favor de Alejandro Angel & Compañía, de Nueva York, por la cantidad de siete mil trescientos veintidós pesos con setenta y cuatro centavos

oro americano. Para constancia firmó con testigos en Manizales, a treinta de octubre de mil novecientos veintiuno."

El demandado Correa al contestar la demanda no negó haber contraído aquella obligación, pero agregó que no responde sino como fiador simple y no como fiador solidario.

El Juez rechazó esta obligación y con razón, porque, como dice, de acuerdo con el artículo 956 del Código de Comercio "la fianza de una obligación mercantil es siempre solidaria, salva estipulación en contrario. El acreedor, sin embargo, no podrá exigir al fiador el cumplimiento de la obligación afianzada, sin acreditar que ha requerido de pago al principal deudor."

Consta en autos que la obligación contraída por la "Compañía del Sombrero Mundial" procede de operaciones mercantiles entre ella y la compañía demandante, y no aparece que el fiador Correa hubiera estipulado que no obstante tratarse de operaciones mercantiles, sólo se obligaba como fiador simple: luego por este aspecto no es fundada la alegación de haberse comprometido únicamente con este carácter sino como fiador solidario.

Pero el Juez absolvió al demandado Correa, porque, si bien en posiciones que éste absolvió a petición del apoderado de la parte demandante en el juicio, Correa confesó haber suscrito la constancia de fecha treinta de octubre de mil novecientos veintiuno, que en parte se dejó transcrita y su contenido (folios 27 y 28 vuelto, del cuaderno 2º), lo mismo que el hecho de ser esa obligación contraída por la "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial," la misma que se cobra en este juicio, dicha constancia no lleva las estampillas que requería el artículo 35, numeral 4º del Decreto 894, mayo de 1915, y no podría hacerse efectiva por la vía ejecutiva y porque el artículo 953 del Código de Comercio estableció que "la fianza deberá otorgarse por escrito, y sin esta circunstancia será de ningún valor ni efecto."

A esto observa la Corte que si bien el numeral 4º del artículo 35 del Decreto número 894, de mayo de 1915, sobre timbre, estableció (artículo 52) que ningún documento que deba estar provisto de estampillas será admitido por ninguna corporación, empleado o funcionario público, si no lleva las que le corresponden, conforme al mismo Decreto, hasta la vigencia de la Ley 20 de 1923 rigió el principio establecido en el artículo 1º de la Ley 68 de 1917, según el cual "el documento de deber o en que conste algún contrato y al que se haya omitido adherir o anular las estampillas de timbre correspondiente, dentro del término de treinta días siguientes a su otorgamiento, no prestará **mérito ejecutivo** (subraya la Corte), salvo que se le adhirieran las que le correspondan de acuerdo con la ley, más un recargo del uno por ciento mensual del valor principal del documento, recargo que se pagará también en estampillas."

Quiere esto decir que si el documento no tiene las estampillas que exige la ley, ni se le adhieren después, no presta mérito ejecutivo, o no se puede hacer valer por la vía ejecutiva, pero no que el documento no valga para establecer la obligación de que él trata en vía ordinaria, conforme al principio de que el valor sustantivo de la prueba se rige por la ley bajo la cual fue creada. Como de ésta se trata en el presente caso, la Corte no puede desconocer a la constancia suscrita por el demandado Correa A., el mérito de acreditar la obligación que como fiador de la "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial" contrajo aquél para los efectos del artículo 956 del Código de Comercio.

En el alegato que presentó al Tribunal dice el mismo demandado que quedó relevado de aquella fianza por estos hechos: porque en el año de 1923, cuando ya estaba vencido el plazo de la obligación a cargo de la compañía demandada, ofreció a la demandante, por conducto de sus representantes, según consta en autos, los efectos de que disponía la sociedad deudora en esa época, y los demandantes, lejos de aceptar esa oferta, observaron una conducta dilatoria hasta 1926, que dio lugar a que la sociedad deudora se pusiera en quiebra, lo que constituye una ampliación del plazo que extingue la fianza, conforme al artículo 1708 del Código Civil; porque tal conducta del acreedor al no requerir de pago al deudor principal, hizo irresponsable al fiador de la insolvencia del deudor principal, sobrevenida durante el retardo, de acuerdo con el artículo 2382 de la misma obra, y puso al fiador Correa en imposibilidad de subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o contra los demás fiadores. Por último, dice el demandado Correa que si bien el artículo 956 del Código de Comercio establece que la fianza de una obligación mercantil es siempre solidaria, impone al acreedor la obligación de requerir previamente y por la vía judicial al deudor principal para poder exigir al fiador su cumplimiento, lo que no hizo en este caso la casa demandante.

A lo anterior se observa: el hecho de no haber aceptado la casa acreedora lo que el fiador Correa le ofreció en nombre de la casa demandada para el pago de la deuda, no constituye ampliación del plazo, porque tal abstención es un hecho negativo y no uno positivo en que dicho acreedor manifestara que convenía en que el deudor le pagara con posterioridad al vencimiento del plazo estipulado. La extinción de la responsabilidad que el demandado Correa A. como fiador quiere deducir del hecho de no haber requerido la casa acreedora a la deudora para el pago de la deuda, no es procedente, porque para que esa responsabilidad cese, es preciso, conforme al artículo 2382 del Código Civil, que el fiador requiera previamente al acreedor para que proceda contra el deudor, aunque aquél no hubiera sido reconocido, y no consta que en este caso hubiera habido tal requerimiento judicial de parte del fiador Correa.

Tampoco aparece que el mismo demandado hubiera quedado en imposibilidad de subrogarse en la acción del acreedor, de qe habla el artículo 2381 del Código Civil, porque para que haya subrogación legal es necesario, de acuerdo con el artículo 1668 del Código citado (numeral 3º), que el que hallándose obligado solidaria o subsidiariamente, pague la deuda, y si el demandado Correa hubiera querido subrogarse en la acción del acreedor, ha debido pagar la deuda y no lo hizo.

No están, pues, probadas ninguna de las causas de extinción de la fianza que como excepciones alega el demandado señor Correa A. y por consiguiente debe responder como fiador solidario de la "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial," por la suma que le cobra el demandante con los intereses a la tasa estipulada en el documento en que consta la deuda.

Resta averiguar si Justiniano Londoño debe responder solidariamente con dicha compañía anónima y como Gerente de ella, que es como se le ha demandado de modo principal.

Deduce el demandante esta responsabilidad de los hechos siguientes:

1º De haber suscrito Justiniano Londoño, como Gerente de la "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial," el documento de obligación a favor de la compañía demandante, cuando aquella sociedad estaba ya en quiebra, conforme a lo establecido en sus estatutos, pues que su capital había disminuído en un cuarenta por ciento.

2º Porque Londoño, como Gerente de la Compañía demandada, no cumplió con el deber de poner ese hecho en conocimiento de la compañía ni del público, como estaba obligado a hacerlo, de acuerdo con la escritura social y con lo que disponen los artículos 586 y 589 del Código de Comercio, lo que dio lugar a que, según dicho del mismo Londoño, el capital de la sociedad casi haya desaparecido, sin que a la sociedad demandante se le haya pagado ni en todo ni en parte su acreencia, causándole por tanto enormes perjuicios.

A lo anterior se obesrva:

Al señor Justiniano Londoño se le demanda como Gerente o Administrador de la sociedad anónima del Sombrero Mundial y solidariamente con ella por la suma de que trata el documento que atrás se dejó transcrito.

Conforme al artículo 583 del Código de Comercio, los gerentes o administradores de una sociedad anónima no son responsables sino de la ejecución del mandato, porque son sociedades de capitales y no de personas. Como accionistas no responden sino hasta el monto de sus acciones (artículo 567 ibídem). Sólo en el caso de que como accionistas tomen parte en la administración directa o indirecta sin que la sociedad haya cumplido con las formalidades de su constitución, se hacen responsables solidariamente respecto de terceros de las obligaciones que a favor de éstos contraigan en nombre de la sociedad, como si fueran socios colectivos. Ahora, según se dijo atrás, la Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial cumplió con las formalidades de su constitución y no aparece que hubiera dado principio a sus operaciones antes de llenar esas formalidades, luego por este aspecto Justiniano Londoño no es responsable de la suma que con intereses y costas se le demanda en este juicio.

Pero el demandante dice que tiene Londoño esa responsabilidad por haber suscrito como Gerente el documento de esa obligación cuando ya la sociedad del Sombrero Mundial estaba en quiebra, conforme a lo estipulado en la escritura social y a los estatutos de la sociedad, y que por consiguiente se trata del caso que contempla el artículo 589 del Código de Comercio. Que Londoño como Gerente de la Sociedad Manufacturera del Sombrero Mundial, no cumplió con la obligación que le impone esta última disposición de consignar el hecho de la quiebra en un acta que publicara como allí se establece, ni procedió a la liquidación de la Compañía.

Se observa:

De los autos no consta que el treinta y uno de octubre de mil novecientos veintiuno, fecha del documento en que consta la obligación que se demanda, el capital de la sociedad hubiera disminuído en un cuarenta por ciento, mínimum señalado en el contrato para proceder a la liquidación de ella. La confesión que hizo Londoño en la posición sexta de las que pidieron en segunda instancia sobre quiebra de la sociedad, se refiere a época posterior a la que el demandante indica. Y en cuanto a los hechos ocurridos antes de mil novecientos veintitrés, el absolvente no indica la fecha precisa en que se hubiera disminuído el capital social en un cuarenta por ciento. Las confesiones de Correa A. sobre mal estado de los negocios de la compañía no perjudican a Justiniano Londoño, conforme al artículo 574 del Código Judicial.

En cuanto se pide la condenación de Londoño por no haber cumplido con el deber de hacer constar la disminución del capital social en acta suscrita por él como Gerente de la sociedad, de publicarla y de proceder a la liquidación de la sociedad, al tenor de lo que establece el artículo 589 del Código de Comercio, se observa: que aunque admitiendo que estuvieran comprobadas estas omisiones, la primera está sancionada con una multa y responsabilidad de daños y perjuicios; pero en este caso no se ha demandado a Londoño por la multa allí impuesta, ni por daños y perjuicios, sino por la deuda misma contraída por él como Gerente y que es cosa distinta. Y como estas acciones de perjuicios y sobre multa no se han ejercitado, no pueden decidirse en el presente juicio.

La segunda omisión de no proceder Londoño a la liquidación de la sociedad por él representada en el término que indica el mismo artículo 589 del Código de Comercio, está sancionada con responsabilidad solidaria del Gerente con la sociedad, pero en cuanto a las resultas de los contratos que como Gerente hubiera celebrado con **posterioridad** a la época en que debió hacerse la liquidación y no a los celebrados antes de la misma época. Ahora, de los informes que el señor Emilio Correa A. como administrador de la Compañía demandada rindió a los agentes de la demandante y que el apoderado de la compañía demandada acompañó a la contestación de la demanda (folios 26 a 44 del cuaderno 1º), se ve que fue después del año de mil novecientos veintiuno cuando la compañía demandada llegó a tener tan reducido su capital que la puso en imposibilidad de satisfacer sus compromisos y por consiguiente a este caso no se refiere el artículo 589 del Código de Comercio, para que el Gerente de dicha compañía, señor Justiniano Londoño, deba responder solidariamente con ella, respecto de terceros, pues el contrato materia de la litis es del año de mil novecientos veintiuno.

Respecto de la petición anterior, que es la marcada en la demanda con la letra **b)**, debe pues, absolverse al demandado Londoño.

En subsidio de la declaración que se acaba de considerar se demanda la de que Justiniano Londoño y Emilio Correa A. deben responder solidariamente al demandante del sesenta por ciento de la suma demandada con sus intereses.

Conforme al artículo 590 del Código de Comercio, los accionistas en una sociedad anónima, como es la de que se trata, no son responsables sino hasta el monto de sus acciones. En la compañía demandada aparece que el socio Justiniano Londoño tiene cuatrocientas cuarenta acciones y el socio Correa A. ciento veinte. Pero como no consta que en este caso se haya hecho la liquidación de la sociedad demandada, no puede condenarse a uno o más socios en particular por determinado porcentaje de deuda, sin que conste en forma legal esa liquidación, en la cual puede haber deducciones del haber social por

otras causas. La petición de que se trata, es, pues, extemporánea, y así debe reconocerse, de acuerdo con lo alegado por el apoderado del demandado Londoño.

Por último, no reconociéndose, como no se reconocen en este fallo todas las pretensiones del demandante, no es el caso de condenar en costas a los demandados.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha diez y nueve de septiembre de mil novecientos veintinueve, dictada por el Tribunal Superior de Manizales en este juicio, reforma la de primera instancia y en su lugar resuelve:

1º Condénase a la sociedad anónima llamada "Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial," representada por su Gerente Justiniano Londoño, y al señor Emilio Correa A., en su carácter este último de fiador solidario de la misma sociedad, a pagar solidariamente a la Casa de Alejandro Angel & Compañía, de Nueva York, seis días después de notificado este fallo, la suma de siete mil trescientos veintidós pesos con setenta y cuatro centavos ($ 7,322-74) oro americano, en letras a la vista sobre Nueva York, a satisfacción del acreedor, con intereses a la tasa estipulada en el documento de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos veintiuno, que se transcribió en este fallo.

2º No está probada la excepción de petición de un modo indebido alegada por el demandado Correa A.

3º Absuélvese a Justiniano Londoño, como Gerente de la Compañía demandada, de los cargos de la demanda principal.

4º Declárase probada respecto del mismo demandado y de Emilio Correa A., la excepción de petición antes de tiempo, respecto de la demanda subsidiaria.

5º No se hace condenación en costas.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

La iglesia parroquial de Zipaquirá demandó a los señores Federico, Julia y Matilde Rodríguez para que se condenara:

"Primero. A restituír a la iglesia parroquial de Zipaquirá, en el término que usted se sirva señalarles, el lote de terreno situado en el centro de la ciudad, contiguo a la plaza principal y comprendido dentro de estos linderos: por un costado, con los muros y bastiones de la iglesia parroquial (costado occidental de ésta); por el otro, con pared construída arbitrariamente por los demandados y que une la casa de éstos con el bastión de la iglesia; por otro costado, con el muro de la casa de los demandados, y por el último, con el muro de la torre occidental de la iglesia.

"Segundo. A restituír en el término que usted les señale, los frutos naturales y civiles del lote de terreno determinado en el punto anterior, y no solamente los percibidos sino los que la iglesia como su legítimo dueño, hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad por medio de idóneo representante, si hubiera tenido el lote en su poder.

"Tercero. A demoler la escalera de servicio y a retirar el alero que están construídos sobre el plano del lote que se deja determinado en el punto primero, y

"Cuarto. A pagar las costas de este juicio en el caso de no allanarse a la presente demanda."

El Juez absolvió a los demandados de los cargos de la demanda y el Tribunal de Bogotá revocó la sentencia y falló:

"Primero. Condénase a los señores Federico, Julia y Matilde Rodríguez, demandados, a restituír en el término de diez días, a partir de la notificación del auto de 'obedézcase y cúmplase,' que debe pronunciar el Juez inferior, a la iglesia parroquial de Zipaquirá, parte demandante, el lote de terreno situado en el centro de la ciudad de Zipaquirá, contiguo al templo parroquial, en su costado occidental, y así delimitado: por un costado, con los muros y bastiones de la iglesia parroquial (costado occidental de la iglesia); por otro, con una pared que une la casa de los demandados con uno de los bastiones de la iglesia; por otro costado, una línea imaginaria que va desde la extremidad de este bastión al muro de la torre occidental de la iglesia, pasando por los extremos de los demás bastiones que existan en ese espacio; y por el último costado, con el mismo muro de la torre occidental.

"Segundo. Niégase la reivindicación del resto de la zona a que se ha contraído el juicio.

"Tercero. Condénase a los citados demandados a restituír, como poseedores de buena fe, los frutos naturales y civiles que haya producido el lote de terreno cuya entrega se decreta, y no solamente los percibidos sino los que la iglesia hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. La cuantía de estos frutos se determinará en juicio distinto.

"Cuarto: Niégase la petición tercera del libelo de demanda; y

"Quinto. No se hace condenación en costas ni en la primera ni en la segunda instancia."

Ambas partes recurrieron en casación, pero la demandada desistió del recurso expresamente y por eso sólo se considera el del demandante.

La razón capital del fallador para no reconocerle a la iglesia parroquial todo el lote de terreno que reivindica, fue que no había acompañado títulos de dominio que acreditasen la propiedad de la zona disputada, ya que el terreno comprendido entre el plano vertical del muro de la iglesia, y las antas, que se le reconoció a la iglesia, lo fue en virtud de la presunción que reputa dueño al poseedor mientras otra persona no justifique serlo.

En efecto, no aparece de autos título alguno que le atribuya a la iglesia parroquial de Zipaquirá el dominio sobre la faja de terreno que pretende reivindicar.

Parece, como se desprende del Acuerdo de la Municipalidad de ocho de marzo de mil ochocientos sesenta y ocho, que el vecindario había cedido para que se edificara el templo, un lote de terreno que hacía parte del área de población, y esto desde tiempos remotos, pues en el expediente no consta cuándo se edificó la fábri-

ca. Luégo, en la fecha del acuerdo, cuando por sentencia judicial de mil ochocientos sesenta y ocho, se declaró de propiedad del Distrito unos terrenos contiguos a la iglesia, el Cabildo resolvió, con anuencia del señor Cura, vender esos lotes en pública subasta y su producido destinarlo a la conclusión del templo que estaba inconcluso, reservando en esas ventas la faja de terreno necesario para construír el bautisterio, que ya está edificado, como se hizo notar en la inspección ocular practicada por el Tribunal.

Esos solares fueron subastados y adjudicados a Braulia Rodríguez, Januario González y Miguel Monroy. Braulia Rodríguez traspasó a José María Rodríguez el lote rematado, de quien lo hubieron los actuales demandados, quienes se deslindaron con la iglesia parroquial judicialmente. El Juez y los peritos tuvieron en cuenta para trazar la línea divisoria, la escritura pública número 634 de diez y nueve de septiembre de mil ochocientos ochenta y tres, sobre venta hecha por los señores Miguel Monroy y Januario González al señor José María Rodríguez, del lote número segundo, rematado por aquéllos en mil ochocientos sesenta y nueve; y también la propia declaración de Monroy, quien manifestó bajo de juramento que en la citada venta le reservaron a la iglesia parroquial una zona o faja de cuatro metros de ancho fuera de los bastiones de la iglesia y una extensión de treinta metros de largo, de Norte a Sur. Con estos elementos los peritos fijaron la siguiente línea divisoria, que fue acogida por el Juez: "una recta que partiendo del pie de la pared de la casa de los citados Rodríguez, en su parte norte, y a una distancia de cuatro metros de la línea, hasta donde llegan los bastiones, recorre de Sur a Norte treinta metros de extensión guardando siempre la misma distancia de cuatro metros de los bastiones." De acuerdo con esta alinderación, que quedó en firme, el Juez le hizo entrega a las partes de sus fincas en diligencia de fecha veintiuno de septiembre del año de mil novecientos diez y ocho.

Con estos antecedentes, se pasa a estudiarse el recurso concretándose la Corte únicamente a las acusaciones referentes al título del reivindicador que tal Tribunal echó de menos.

Dice el sentenciador:

"La parte demandante no presentó ningún título de propiedad para justificar el dominio que afirma tener sobre el lote a que se contrae la demanda.

"Su derecho de dominio lo funda en la siguiente teoría:

"Las iglesias de las parroquias y sus dependencias son bienes de uso público respecto de los cuales no cabe apropiación, con mayor razón en localidades donde ese culto es el único que se profesa. En tal caso la destinación manifiesta es suficiente razón para que los bienes sean respetados por los extraños, y los administradores encargados de su custodia, o sea la respectiva autoridad eclesiástica, tienen acción reivindicatoria en favor de ese uso público, más sagrado y respetable que toda propiedad individual. Dados estos principios, la exigencia de título ordinario respecto de un bien de uso público, no se explica, porque sería equiparar los bienes de uso público, cuyo dominio lo tiene la comunidad, con la propiedad particular.

"Trae en su apoyo el demandante el artículo 55 de la Constitución Nacional, según el cual los edificios destinados al culto católico, los seminarios conciliares y las casas episcopales y curales no podrán ser gravados con contribuciones ni ocupados para aplicarlos a otros servicios. Deduce de aquí que ningún particular tiene derecho para ocupar los bienes eclesiásticos y si los ocupa ningún derecho adquiere por disposición constitucional, de modo que en cualquier tiempo la iglesia está capacitada para hacer volver los bienes detentados a su patrimonio.

"Aduce también el artículo 2º del Concordato celebrado con la Santa Sede, y aprobado por la Ley 35 de 1888, según el cual la Iglesia Católica podrá ejercer independientemente toda su autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica, conformándose en su gobierno y administración con sus propias leyes. Y el artículo 3º del mismo convenio, según el cual la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solamente respetada por las autoridades de la República."

Sostiénese que el sentenciador violó los artículos 38, 53 y 55 de la Constitución en estos conceptos:

"Artículo 38. Que, lejos de proteger a la iglesia parroquial demandante, parte de la Iglesia Católica y ésta, centro de la Religión Católica, no ha prestado el sentenciador a las gestiones de aquella iglesia, a sus alegaciones y razones, una mediana atención y un cuidado siquiera ordinario. Así queda demostrado en el curso de este alegato. Antes a quien alegó en nombre de aquella iglesia parroquial y probó el derecho de ella, y exigió el respeto solemne a la legislación canónica, se le contestó que pretendía invadir el campo civil con sus pretensiones y que fuera a la misma autoridad eclesiástica para que ella respetara los cánones.

"Artículo 53. Que habiéndole suministrado las reglas canónicas que gobiernan el caso de rondas y demás anexidades de templos en el seno de la Iglesia, es decir, reglas sobre asuntos interiores de la comunión de los fieles, desconoció con toda la trascendencia de estos institutos, que quedaron ineficaces, porque los buscó el sentenciador en donde no podía hallarlos, o sea en la ley civil.

"Artículo 55. Que el sentenciador ha permitido y ha sancionado con absolución el que se ocupe parte de una anexidad de templo parroquial, partiendo, como quien dice, la diferencia, en materia que no le admite."

Se observa:

No ha desconocido el fallo que la religión católica sea la de la Nación, ni la protección a que ella tiene derecho. La Iglesia Católica en Colombia es una persona jurídica que goza de todos los derechos y obligaciones inherentes a estas entidades, y está sometida a las leyes civiles en todo lo que dice relación al ejercicio de sus derechos y obligaciones propias de ese carácter. Como persona jurídica, en cuanto a los actos que ejecute, en tal virtud, está sometida a las leyes colombianas, y los contratos que ella celebre como tál, están sometidos al derecho civil, lo que vale decir que esos actos se rigen por las mismas disposiciones que reglamentan los actos ejecutados por los particulares.

Así pues, la Iglesia Católica en Colombia, para hacer valer sus derechos de propietaria sobre inmuebles, tiene que invocar el título reconocido por el Código Civil para adquirir tal derecho, y negarle la justicia colombiana

una reivindicación porque no acompaña el título que la ley civil exige para que el derecho de dominio se adquiera, no es negarle la protección y el apoyo de que habla el artículo 38 de la Constitución.

Si la Iglesia como persona jurídica ejerce actos civiles por derecho propio, esos actos han de regirse por las leyes civiles y no por las eclesiásticas, y al mismo recurrente no puede ocultarse que los litigios en que es parte la Iglesia no pueden decidirse a la luz del derecho canónico, sino a la luz del civil, cosa por otra parte, que la Iglesia no ha pretendido ni pretende.

Ahora, del hecho de que los edificios eclesiásticos no puedan ser ocupados, no se desprende que los particulares tengan que cederles gratuitamente sus propiedades. Ello cuando más implicaría que esos edificios no podrían ganarse por prescripción, porque están destinados exclusivamente para las solemnidades del culto, cosa que no pasaría con los otros bienes, que están sometidos a las leyes civiles como si fueran bienes particulares.

Por otra parte, hay que declarar que si las iglesias deben tener un espacio libre que las circunde, según los cánones, ese espacio no puede ser ocupado sobre los predios adyacentes sin previo permiso de los dueños. En otros términos, si el derecho canónico exige esas rondas al rededor de los templos, ello no implica que los dueños de esos terrenos sean privados de su propiedad por esa disposición canónica. En el caso que nos ocupa, la iglesia de Zipaquirá no ha demostrado que haya adquirido el terreno adyacente al edificio del templo para las rondas, y si el derecho canónico prescribe tal cosa, ello debe ejecutarse al construir el templo y en terreno de la iglesia, ni ella, por la disposición canónica, adquiere dominio sobre ellos, pues como ya se dijo, la Iglesia, como persona jurídica, está sometida a las leyes civiles en los actos y contratos que celebre en ese carácter, al igual de cualquiera otra entidad jurídica.

Bien es cierto que la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero los contratos civiles y los actos ejercitados por la Iglesia en sus relaciones particulares, caen bajo el dominio de las leyes civiles. Más claro, la Iglesia en Colombia no puede adquirir el dominio sino de acuerdo con las disposiciones civiles, al igual de cualquiera persona natural o jurídica. Del hecho de que el derecho canónico sea independiente del civil, no implica que la Iglesia en sus controversias con los particulares, en ejercicio de los derechos reconocidos por la ley civil, escapen a esta ley para acogerse a la canónica.

Esta pretensión jamás la ha tenido la Iglesia Católica en Colombia.

Es bueno advertir que cuando se remató el lote número primero por acuerdo de la Municipalidad y con anuencia del señor Cura párroco, no se excluyó de él sino el terreno necesario para construir el bautisterio, obra que está concluída, como lo anota el Tribunal en la inspección ocular que practicó. Esto consta de la escritura número 4, de cinco de enero de mil ochocientos setenta, otorgada por el Síndico Municipal a favor del rematador, señora Braulia Rodríguez, del lote número primero, al cual se le dieron estos linderos: al Oriente, la iglesia parroquial; al Occidente, calle de por medio, con casa del señor Coronel José María González y tiendas de la fundación de San José; al Norte, el lote número segundo, de los mismos señores; y al Sur, la plaza principal de esta ciudad.

Tampoco se excluyó terreno alguno a favor de la iglesia en la escritura número 449, de tres de noviembre de mil ochocientos setenta, por la cual Braulia Rodríguez permutó con José María Rodríguez el lote número primero que había rematado, pues se le pusieron los mismos linderos de la escritura número 4, ya citada.

Además, en la inspección de primera instancia se midió la pared construída sobre la línea del deslinde y dio una extensión igual a la señalada por los peritos en la diligencia de deslinde tanto en longitud como en latitud, menos una diferencia de veinte centímetros en longitud que equivale al espesor de la pared divisoria de los predios.

El valor del remate de los lotes se destinó para acabar la construcción del templo y éste debió estar construído por lo menos en sus cerramientos, ya que el lote número primero se le da por lindero oriental la misma iglesia parroquial.

Del lote número primero sólo se excluyó el terreno necesario para el bautisterio que ya está construído, de suerte que en ese lote la iglesia no puede reclamar derecho alguno.

En los otros lotes los vendedores reservaron para la iglesia una faja de terreno de cuatro metros de ancho por treinta de longitud, que fue la que se le reconoció a la iglesia en el juicio de deslinde, advirtiendo que el Tribunal hizo constar en la sentencia que el lote hoy en litigio no estaba comprendido en el deslinde practicado entre las mismas partes, concepto que no se ha desvanecido en casación.

Con lo anterior, quedan contestados los reparos señalados por el recurrente con las letras "a) a j)."

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

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veintisiete de abril de mil novecientos veintiocho.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Marco A. Ochoa entabló juicio ordinario ante el Juez del Circuito de Ibagué contra Ricardo Arbeláez G., para que se sentenciase: que al actor pertenece en dominio el globo de tierra denominado **Sin nombre conocido**, por hallarse comprendido en los títulos de propiedad que tiene el actor, y cuya extensión es de 458 hectáreas, 2,450 metros cuadrados, y determinado por los linderos que expresa el libelo de demanda.

Seguidas las dos instancias, el Tribunal Superior de Ibagué dictó sentencia en recurso de apelación el 26 de abril de 1930, favorable al demandante.

El demandado interpuso recurso de casación, el que le fue negado, y ha recurrido de hecho ante esta superioridad.

La Corte considera:

Ordena el artículo 899 del Código Judicial, entre otros requisitos indispensables para que el recurso sea admisible, que venga aparejado de los documentos que allí se expresan, uno de los cuales es la copia debidamente autorizada de la diligencia de notificación del fallo materia del recurso; requisito que sirve para determinar de manera auténtica la segunda de las condiciones que exige el artículo 905 del mismo Código, a saber: si el fallo fue recurrido en tiempo. Y mayor necesidad tiene aquel documento en el presente caso, porque las cuestiones planteadas por el Tribunal en su auto de negación del recurso de casación y por el recurrente, versan sobre el punto de hecho de si la prórroga del término solicitada por este último debió pedirse o nó dentro del mismo plazo de quince días que tenían las partes para interponer el recurso de casación.

Como el expresado documento no se acompañó por el recurrente, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 905 del Código Judicial, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es admisible el recurso de hecho interpuesto por Ricardo Arbeláez G. contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué el veintiséis de abril de mil novecientos treinta, en el juicio seguido contra éste por Marco A. Ochoa.

Notifíquese cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

TANCREDO NANNETTI—**Germán B. Jiménez — José Miguel Arango — Juan E. Martínez — Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Germán Calle M., en representación de su esposa Ana Rita Sánchez, hizo oposición, ante el Juez 1º del Circuito de Santa Rosa, al denuncio que Germán Molina Callejas dio de la mina de oro en aluvión, antigua, llamada **La Unión,** situada en los Distritos de Santa Rosa, Gómez-Plata y Yolombó, en el cauce del río Porce, en los parajes de La Clara, Gabino y otros, con base para su medida, así:

"De la confluencia de los ríos Porce y Ríogrande, siguiendo el curso de aquél hacia abajo, hasta medir cinco kilómetros de longitud; como latitud el ancho del río."

Como el denunciante se hallase en el caso legal de asumir el papel de actor, formuló su demanda en estos términos, para que se decidiera por sentencia:

1º Que es ineficaz el título de la mina de oro en aluvión **Barbero** o **La Clara,** expedido bajo el número 161, el 9 de junio de 1883, a los señores Marcelino, Cecilio y Faustino Sánchez y otros.

2º Debe cancelarse la primitiva inscripción de ese título.

3º Cuando Germán Molina Callejas restauró y denunció la mina a que se refiere la oposición originaria del juicio, estaba legalmente abandonada por parte de sus antiguos propietarios.

4º Germán Molina Callejas tiene perfecto derecho a que se le entregue y adjudique el mineral de oro en aluvión formado en el cauce del río Porce, en jurisdicción de Santa Rosa, Gómez-Plata y Yolombó, desde donde se reúne dicho río al Ríogrande, siguiendo Porce abajo, por todo su cauce, hasta medir cinco kilómetros de longitud. A dicha entrega y restitución no han de obstar las Resoluciones números 115 y 116, de 30 de mayo y 13 de junio de 1924, de la Gobernación de Antioquia, sean o nó infirmadas por los respectivos Tribunales Administrativos.

5º Son de cargo de la señora Sánchez de C. las costas del juicio.

Bases de hecho de la demanda:

1º No fue revalidado ni registrado de nuevo el título referido.

2º Nunca se cumplió con relación al mineral expresado, el precepto de los artículos 148 del Código de Minas y 24 y 25 de la Ley 292 de 1875. De 1883 a 1889 se pagó el impuesto por extensión de 10 por 1 kilómetro; en 1890, por extensión de 2 por 5 kilómetros; en 1891 y 1892, por 1 por 5 kilómetros; en 1893, 1894 y 1895, por extensión de 5 por 1 kilómetros; sucediendo esto propio de 1896 a 1915, inclusive.

3º El último pago efectuado el 15 de octubre de 1896, se hizo expresamente por los años de 1896 a 1915, con lo cual queda dicho con el artículo 44 de la Ley 292 de 1875, que ese pago no puede considerarse como de amparo perpetuo de la mina, tanto menos si se consulta el precepto de los artículos 24 y 25 ibídem, y si se tiene en cuenta que, antes de entonces, no se dio cumplimiento al artículo 163 del Código de Minas, para que pudiera darse aplicación al artículo 45 de aquella Ley que como condición necesaria exige que con respecto a los años anteriores al en que se pretenda el pago definitivo, se haya satisfecho el impuesto establecido.

4º Vino, pues, ese mineral en absoluto abandono legal desde el año de 1887 inclusive, en adelante. Nótese que por la inclusión en el título de la mitad izquierda del río Porce, la latitud fue aumentada en los metros por dicha mitad representados, y que por lo mismo el impuesto ha debido satisfacerse en proporción.

5º En enero de 1920 el actor restauró y denunció por vez primera la referida mina **La Unión.**

6º Para el efecto de ciertas disposiciones legales, el actor volvió a avisar esa mina el 15 de mayo de 1922 y la denunció, y tras varias incidencias fue admitido el denuncio nuevo el 22 de febrero de 1924.

El demandado se opuso a la acción.

El Juez sentenció así:

1º El señor Germán Molina Callejas no tiene derecho, el más mínimo, a que se le entregue y adjudique en propiedad y posesión como mina denunciada, la mitad izquierda del cauce del río Porce, desde donde confluye el Ríogrande, hacia abajo, hasta medir cinco kilómetros, porque dicha faja o porción de mineral hace parte integrante de la mina de **Barbero** que no ha sido jamás abandonada.

2º No es el caso de hacer las declaraciones primera, segunda, tercera y quinta de la parte petitoria del libelo de demanda.

3° Conforme al artículo 365 del Código de Minas, el señor Germán Molina Callejas será condenado al pago de las costas e indemnización de perjuicios. Estos se fijarán en juicio aparte, y aquéllas en la debida oportunidad. Como el mineral comprendido en la mitad derecha del río Porce, en el trayecto de que habla el numeral 1°, o sea desde la confluencia del Ríogrande, hacia abajo, hasta medir cinco kilómetros, no ha sido objeto de la presente controversia, deben volver las diligencias al señor Alcalde de este Distrito, para que él cumpla la comisión que le tiene conferida el señor Gobernador del Departamento, siempre, por supuesto, que éste no insista en reclamar dichas diligencias para su archivamiento.

El actor Molina Callejas y un tercero, Aureliano Restrepo, considerándose perjudicados, apelaron de este fallo.

El Tribunal Superior de Medellín confirmó el fallo de primera instancia por sentencia de fecha 30 de septiembre de 1927.

El demandante recurrió en casación. Es admisible el recurso, el cual fue fundado ante el Tribunal.

El recurrente aduce las causales primera y segunda de casación.

Segunda causal.

Tiene ésta como motivo la incongruencia de la sentencia por exceso, el cual consiste en que el Tribunal confirmando totalmente el fallo de primera instancia, acogió como propia la providencia que sometió a una condición el envío al Alcalde encargado de dar posesión de la mina denunciada, de las diligencias referentes a la porción de ella que no estaba comprendida en este juicio.

Si la sentencia, arguye el recurrente, reconocía y declaraba que parte estaba exenta de oposición, su posesión y entrega debían seguir el curso legal, sin que fuera lícito someterlas, a fuer de decisión judicial, al evento de resoluciones de la Gobernación en sentido contrario, punto que no había sido materia de la controversia. Invoca el artículo 835 del Código Judicial como violado.

Se responde:

La suspensión de la diligencia de posesión de la mencionada mina, ordenada por las Resoluciones números 115 y 116 de la Gobernación de Antioquia, fue materia de la demanda, según se ve en el libelo. En efecto, la cuarta petición sobre restitución y entrega de la mina, contiene además esta otra:

"A dicha entrega y restitución no han de obstar las Resoluciones números 115 y 116, de 30 de mayo y 13 de junio de 1924, de la Gobernación de Antioquia, sean o nó infirmadas por los respectivos Tribunales Administrativos."

La sentencia del Juez, acogida por el Tribunal, respondiendo a esta petición, declaró que aquellas providencias del Gobernador sí podían ser óbice todavía para la entrega y posesión de aquella parte de la mina sobre la cual no había versado la oposición.

La causal es infundada.

Primera causal.

La apoya el recurrente en estos extremos:

Primero. Error de derecho en cuanto a la apreciación de las pruebas favorables a la oposición, a saber:

a) Del título número 161, de 9 de junio de 1883, no obstante la reconocida falta de su revalidación, que llevan implícita, esa falta y aquél reconocimiento y apreciación, la violación directa de los artículos 1° y 13 de la Ley 38 de 1887 y 129 a 133 del Código de Minas.

b) De la hijuela de adjudicación en el juicio sucesorio del señor Marcelino Sánchez, en favor de Benedicto Sánchez, a pesar de que ese título no fue inscrito en el libro a que se contrae el inciso 3° del artículo 38 de la Ley 57 de 1887, lo cual engendra la violación de ese precepto y, además, la de los artículos 2637, 2652, 2673 y 2674 del Código Civil, que el Tribunal ha debido aplicar y sin embargo no aplicó en su sentencia; y

c) De la hijuela formada en el juicio sucesorio del señor Benedicto Sánchez en favor de la señora Ana Rita Sánchez de C., no obstante la carencia de su especial inscripción en los libros respectivos dando así lugar al quebrantamiento de las mismas disposiciones citadas en la letra anterior, que el Tribunal también ha debido aplicar y no aplicó en el fallo recurrido; cosa esta última que igualmente sucede con respecto a las disposiciones acotadas en la letra a) porque tampoco ellas fueron aplicadas por el Tribunal, muy a pesar de su imperio en lo tocante a la revalidación del referido título, necesaria para darle eficacia.

El Tribunal, concluye el recurrente, basado en estos documentos y no obstante las tachas apuntadas, declara que sí transmiten a la señora Sánchez de Calle el dominio de la porción mineral derivada del título número 161, arriba mencionado.

Respecto del cargo a), se observa:

Como la cuestión que plantea el recurrente en este motivo, está ya decidida por la Corte en otras ocasiones, conviene reproducir la doctrina asentada en fallo del año de 1928. Dice así:

"El artículo 4°—ordinal 2°—del Código de Minas, reconoce el dominio de ellas a quienes lo hubieran adquirido a título de adjudicación otorgada por el Estado o por cualesquiera otros medios traslativos del dominio. Confirma esta declaración el artículo 459, inciso 2°, el cual ordena que las controversias y los pleitos sobre actos, derechos y obligaciones anteriores a la vigencia del Código de Minas adoptado como ley nacional, se decidirán con arreglo a las leyes vigentes cuando se ejecutó el acto, se adquirió el derecho o se contrajo la obligación.

"Estas disposiciones no son sino aplicación y desarrollo de la garantía que ampara los derechos civiles establecida por el artículo 31 de la Constitución. Esta ordena:

'Los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles por personas naturales y jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.'

"Quiere decir todo esto que un título de minas expedido con todos los requisitos legales a favor de un adjudicatario, no puede estar sujeto a revalidación ulterior impuesta por el legislador, sino que tiene todo el valor y efecto que le daban las leyes coetáneas."

Y agrega aquel fallo:

"Por estas y otras razones dijo la Corte en la sentencia de 4 de junio ya citada:

"No puede llegarse a la conclusión de que la falta de tales diligencias—las de revalidación—acarrearan la pérdida o extinción del derecho para quien ya tuviera un título legalmente expedido, ni menos que esa falta im-

plicara abandono; pues sobre el particular son suficientemente explícitas las disposiciones que en seguida se insertan del Código de Minas:

'Si se rechazare alguna solicitud de las que se hagan conforme al artículo 129, no por eso se entenderá que pierde sus derechos el respectivo interesado.

'Los documentos en que se fundan tales derechos conservan la fuerza y validez que deben tener según las disposiciones legales que regían cuando se expidieron (artículo 134).'

"Y la Corte declaró también en esa misma sentencia que siendo las causales de abandono legal de una mina taxativas y específicamente determinadas en el artículo 345 del Código de Minas con sus concordantes, el abandono pretendido por el recurrente carece de base."

En cuanto a los cargos **b)** y **c)**, ellos serán examinados al considerar el motivo subsiguiente, en el cual están desarrollados.

Segundo. Violación de los artículos 656, 740, 745, 759, 764, 765—inciso 4º,—2337, 2641, 2652, 2662, 2673 y 2674 del Código Civil y 28 de la Ley 57 de 1887, que el Tribunal debió aplicar y no aplicó en el fallo. Se acusa la sentencia por error de derecho en cuanto admite y sostiene que tanto la cartilla de adjudicación en favor del señor Benedicto Sánchez, como la que en la sucesión de éste se formara a la señora Sánchez de Calle, prueban en el juicio con sólo el registro de la respectiva sentencia aprobatoria de la partición; siendo así que también está sujeta a la formalidad del registro la partición misma en los respectivos bienes adjudicados a cada interesado y todas y cada una de sus partes, desde luégo que es en el acto de partición donde se individualizan los linderos de donde, por consiguiente, se expresan las modificaciones afectadoras del inmueble o inmuebles objeto de la partición.

Se considera:

Es cierto que los actos legales de partición que causen mutación de la propiedad de bienes raíces están sujetos al registro, el cual debe verificarse en la forma que determina el artículo 2652 del Código Civil, incluyendo como parte integrante de ellos la sentencia que los aprueba, de suerte que de esta manera quedan cumplidas las disposiciones del Código Civil que ordenan la inscripción tanto de la partición misma como de su aprobación judicial. Y el libro en que deba hacerse tal inscripción es el de registro de causas mortuorias de la oficina del lugar en que se surtió el juicio respectivo, porque tales documentos tienen su origen en causas de este género. No hay necesidad en este caso de que las hijuelas respectivas sean registradas también. Empero, cuando los inmuebles partidos se hallan situados en distintos Circuitos, la inscripción de aquéllas se requiere en cada uno de ellos.

Ahora bien, la hijuela de Ana Rita Sánchez de C., según aparece del certificado del Registrador de instrumentos públicos del Círculo de Santa Rosa, fue inscrita en el libro de causas mortuorias, con fecha 5 de enero de 1922. El cargo no prospera respecto de este documento.

La hijuela a favor de Benedicto Sánchez es cierto que se registró en el libro número 2º A este respecto estima la sentencia del Tribunal que la inscripción estuvo bien hecha porque la adjudicación recaía sobre acciones en la mitad de una 24ª parte del mineral de **Barbero** y **La Clara**, y como estas acciones así consideradas son reputadas como bienes muebles ante el derecho civil, la inscripción en el libro 2º citado es estrictamente legal.

Y el Tribunal agrega como otra razón fundamental que la hijuela no es título traslaticio sino declarativo de dominio y que éste fue adquirido legalmente por Marcelino Sánchez y lo transmitió, a su muerte, por ministerio de la ley, a Benedicto, y éste a Ana Rita, de acuerdo con las disposiciones que reglan el tratado de sucesión en nuestra legislación civil.

El recurrente acusa esta conclusión fundándose en que no es en el libro 2º en donde debe verificarse el registro sino en el de causas mortuorias, por disponerlo así el artículo 38 de la Ley 57 de 1887.

Se considera:

En la declaración del Tribunal hay sin duda un error, pero no basta a herir la sentencia porque ésta tiene un segundo fundamento, cual es que el derecho de dominio de Benedicto procede de la ley misma y no de la hijuela. Este fundamento, cierto o nó, no ha sido atacado por el recurrente en casación.

Tercero. Aduce el recurrente la violación del artículo 273 del Código Judicial porque la sentencia recurrida admite que la señora Sánchez de C. tiene derecho a defender la mitad izquierda del cauce del Porce, en extensión de cinco kilómetros, cuando ella no es partícipe sino en una pequeña parte de la mina **La Clara**, según la hijuela que se le otorgó en la sucesión de Benedicto Sánchez.

Se responde:

El cargo demuestra que el recurrente no se ha dado cuenta de la litis contestación con que el pleito se planteó y que él mismo aceptó. La señora Sánchez de C. inició la oposición no como adjudicataria de una porción de la mina, sino como miembro de la sociedad minera dueña de la expresada mina **La Clara**. En este concepto puso y ha debatido en este pleito como causa del derecho que defiende, el título de propiedad expedido a favor de esa sociedad y los pagos del impuesto hechos por esta misma para conservar la adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 285 del Código de Minas. El Tribunal, penetrado de la verdadera naturaleza de la litis, dictó el fallo congruente.

Cuarto. Error de derecho en la apreciación de las Resoluciones números 115 y 116, de 20 de mayo y 13 de junio de 1924, expedida por el Gobernador de Antioquia; e indebida aplicación del artículo 4º de la Ley 59 de 1909, que dispone:

"Si el denunciante de una mina no hiciere practicar dentro del término de un año después de presentado el denuncio, las diligencias conducentes a darle curso a éste, la mina se tendrá por abandonada."

El Tribunal, argumenta el recurrente, reconoce a esas resoluciones el valor legal y les concede fuerza suficiente para determinar y establecer el abandono de la mina en el caso especial del artículo 4º de la Ley 59 citada. Ellas no proceden de la autoridad competente, porque la función de resolver sobre derechos ha sido y será siempre privativa del Poder Judicial. Deduce el recurrente la violación del artículo 57 de la Constitución, que establece la separación de los poderes públicos, y del artículo 385 del Código de Minas que hace de la privativa jurisdicción de los Jueces resolver y declarar todo aquello que diga

referencia a la propiedad o posesión de una mina o a los derechos reales a ella pertenecientes.

Se considera:

Es inexacta la aserción del recurrente de que el Tribunal haya apreciado en su fondo y efectos las expresadas resoluciones.

La sentencia, para confutar la tesis de Molina Callejas, de que se le ocasionaban perjuicios en sus derechos con la atención y cumplimiento que el Juez a quo había prestado a aquellas Resoluciones, se limita a observar "que no ve inconveniente ninguno legal en que se cumpla lo ordenado por la sentencia respecto al envío al Alcalde de Santa Rosa del expediente para que proceda, si lo estima legal, a dar cumplimiento a la comisión que sobre posesión le confirió en un principio el Gobernador del Departamento."

Y en cuanto a las referidas Resoluciones, lejos de considerarlas de antemano obligatorias y que hubieran de suspender la posesión a Molina Callejas, discretamente declara el Tribunal: "A Restrepo le queda expedita la vía de oponerse a este acto haciendo valer los derechos que crea le favorezcan"; es decir, que señala el camino legal para que en juicio ulterior de oposición que pueda iniciar Restrepo, la autoridad judicial examine estas Resoluciones y decida sobre sus efectos.

Quinto. Este motivo que consiste en error de derecho en la apreciación de las mencionadas Resoluciones, lo aduce el recurrente como corolario del anterior. La respuesta dada a este último, sirve para confutar el nuevo cargo.

Sexto. Error de derecho en cuanto el Tribunal admite que tanto la cartilla de adjudicación a favor de Benedicto Sánchez como la que se expidió a la señora Sánchez de C., hacen prueba de que fueran dueños partícipes con otros en la mina sobre que versa este juicio. No basta, argumenta el recurrente, que, como lo asienta el Tribunal, con sólo el registro de la sentencia aprobatoria de la partición, se consiga tal objeto, sino que también está sujeta a la formalidad del registro la partición misma en todas y cada una de sus partes.

Se responde:

Este cargo no es sino repetición del segundo, el cual está ya estudiado.

Debe notarse también que el desconocimiento del título que confiere a dicha señora la condición legal de copartícipe de la mina **La Clara**, título que le da la representación de la sociedad en dicho juicio, de acuerdo con el artículo 285 del Código de Minas, entraña la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería, la cual no fue propuesta oportunamente, sino que se planteó en el alegato de segunda instancia, sin que pudiera haber constituído, por esta circunstancia, materia del debate en los dos grados del juicio.

Séptimo. Error de derecho y violación del artículo 890 del Código Judicial, que dispone que "los que resulten perjudicados por una sentencia definitiva, según lo dispuesto en el capítulo de 'autos y sentencias,' aunque no hayan sido parte en el juicio, pueden apelar." Consiste el error, en sentir del recurrente, en que el Tribunal admite y sostiene que el señor Aureliano Restrepo se encuentra bajo el régimen del artículo 890 del Código Judicial, cuando este señor no se halla en ninguno de los casos a que se refiere la expresada disposición.

Se responde:

El Tribunal dio curso a la apelación de Restrepo en vista de los documentos que éste presentó, en los cuales estaba comprobado que a pesar de ser un tercero podía ser apelante en razón de ser perjudicado por la sentencia. Si la estimación de esos documentos, hecha por el Tribunal, adolecía de error, el cargo pudo ser por error de hecho, mas nó por violación directa del artículo 890 citado.

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

1º No hay mérito para casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el treinta de septiembre de mil novecientos veintisiete; y

2º Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI — **Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—El Conjuez, Víctor Cock—Juan N. Méndez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

El señor Benjamín Sierra, por conducto de apoderado, demandó a la sociedad denominada Ulen & Company, para que, en sentencia definitiva, se declarase:

"Primero. Que la Casa Ulen & Company es responsable civilmente de la fractura de una pierna, daño que causó al señor Benjamín Sierra, en la calle décima, entre carreras diez y once de esta ciudad, producida por la caída de una viga, el día veintiséis de junio de mil novecientos veinticinco, a eso de las once de la mañana, más o menos, hecho ocasionado por un descuido y negligencia de subalternos y dependientes de la Ulen, y por infracción de disposiciones de policía.

"Segundo. Como consecuencia de este hecho, se condene a la Casa Ulen & Company a pagar al señor Benjamín Sierra, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la suma de seis mil pesos moneda legal ($ 6,000), como indemnización por los perjuicios sufridos por mi poderdante Sierra, a causa de la fractura de la pierna izquierda citada y consecuente incapacidad de por vida para trabajar como antes; o en subsidio, que se condene en la forma dicha a la entidad demandada, a pagar a mi poderdante señor Sierra una pensión mensual, vitalicia, de noventa pesos moneda corriente; o, por último, también en subsidio, que se condene a los demandados, también en la forma pedida, a pagar a mi poderdante señor Sierra la suma de dinero que, peritos nombrados como avaluadores, fijen para la indemnización de perjuicios por el daño personal que la mencionada Empresa le causó, por el dicho descuido, cuyo avalúo se hará dentro del presente juicio, o en otro distinto, conforme a las reglas legales."

El apoderado expuso estos hechos:

"Primero. El señor Benjamín Sierra, después de hacer algunas diligencias en las oficinas de la Compañía Ulen, situadas en la calle décima con carrera décima, de esta

ciudad, se dirigía, acompañado de algunas personas, a su casa de habitación por la calle décima, el día veintiséis de junio de mil novecientos veinticinco, a eso de las once de la mañana, más o menos.

"Segundo. Al pasar por frente a la obra de la plaza central de mercado (comúnmente llamada plaza de la Concepción), el obrero José Vega, dependiente de la Compañía Ulen, descargó del camión número ciento veintitrés (123), sobre las personas que pasaban, una viga muy pesada sin darles ningún aviso y con imperdonable negligencia y descuido.

"Tercero. Por lo imprevisto del accidente, el señor Sierra no alcanzó a esquivar el golpe, y éste lo derribó y le produjo serias heridas, y entre otras, la fractura en varias partes de la pierna izquierda.

"Cuarto. El señor Sierra no pudo levantarse, pues había sufrido la anquilosis de la articulación del miembro inferior izquierdo.

"Quinto. El término de este accidente no pudo ser mayor de un minuto, por lo cual se hizo imposible todo auxilio o intervención para librar al señor Sierra del golpe.

"Sexto: Tanto José Vega como Obdulio Rodríguez, ayudante el primero y conductor el segundo del camión ciento veintitrés (123), de propiedad de la Ulen, fueron detenidos por la Policía por haber mérito para ello, y se les inició sumario en la Inspección 1ª Municipal de esta ciudad.

"Séptimo. El señor Sierra, en medio de horribles dolores, fue conducido al Hospital de San José, donde se le hicieron algunos remedios, y entre otros, entablillarle la pierna que se le fracturó; en el Hospital se le atendió por cuenta de la Casa Ulen & Company, hasta el día veintiuno de enero de mil novecientos veintiséis, en la creencia dicha Casa que se curaría el enfermo, cosa que no sucedió; y, por lo tanto, en la mencionada fecha se le abandonó a su propia suerte, negándosele todo recurso pecuniario y hasta lo que se le había prometido para el pago de médicos.

"Octavo. La lesión o daño que se le ocasionó al señor Benjamín Sierra en la pierna, por ese accidente, es de suma gravedad, y, por lo tanto, son graves también los perjuicios resultantes de ella, si se tiene en cuenta que, además de los once meses que lleva de enfermedad, sin poderse mover por sí solo, quedará con una completa imposibilidad física, de por vida, para caminar, lo cual no ha podido hacer durante el largo tiempo transcurrido, ni aun con el auxilio de muletas.

"Noveno. Por causa de esa imposibilidad, Sierra no puede trabajar en froma conveniente, ni atender, por tanto, a las imperiosas necesidades de la familia, ni siquiera a las suyas propias.

"Décimo. Por mi intervención propuso el señor Sierra un arreglo amigable a la Compañía Ulen, como medida de atención y deferencia, y por evitarse los inconvenientes y las molestias de un pleito, pero no fueron atendidas esas propuestas, alegando en contra de lo pedido pretextos inaceptables.

"Undécimo. El accidente, origen de esta demanda, fue causado por descuido, negligencia y culpa del dependiente de la Casa Ulen & Company.

"Duodécimo. De estos descuidos es responsable la Casa Ulen & Company, que no vela porque sus empleados y dependientes obren con prudencia y de acuerdo con las leyes y disposiciones de policía, sino que, por el contrario, ha guardado a su servicio a los culpables de tales daños o infracciones."

Apoyóse la demanda en los artículos 2071, inciso 1º, 2341, 2343, 2347, 2356 y 2360 del Código Civil; 322, inciso 4º, del Código de Comercio; y en algunos artículos del Código de Policía.

Más tarde (memorial de siete de julio de mil novecientos veintiséis), el apoderado corrigió la demanda en el sentido de dirigirla contra la Casa Ulen, en su calidad de Agente del Municipio de Bogotá.

El representante de la entidad demandada propuso la excepción dilatoria de inepta demanda, que no alcanzó a ser fallada; pero no contestó el fondo de la demanda.

El Juez 3º en lo Civil del Circuito de Bogotá pronunció la sentencia de su cargo el trece de abril de mil novecientos veintiocho. Hé aquí su parte resolutiva:

"En mérito de las anteriores consideraciones, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara a la Casa Ulen & Company responsable de los perjuicios causados al señor Benjamín Sierra en el accidente sufrido por este señor el día veintiséis de junio de mil novecientos veinticinco, y en consecuencia, condena a la misma Casa Ulen & Company a cubrir al citado señor Benjamín Sierra el valor de dichos perjuicios, los que se fijarán en juicio separado, ya que a los autos no se trajo un dictamen pericial que avalúe dichos perjuicios en una determinada suma de dinero, no proporcionando así una base al Juzgado para hacer ese señalamiento.

"Condénase a la misma Casa o Sociedad demandada en las costas del juicio, y a pagar al demandante Benjamín Sierra, seis días después de ejecutoriada esta providencia, la suma de trescientos pesos ($ 300) moneda corriente, por haber incurrido en la sanción establecida por el artículo 144 de la Ley 105 de 1890."

Apelaron ambas partes y el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de tres de octubre de mil novecientos veintinueve, confirmó la de primer grado.

Interpuso recurso de casación la parte demandada, el cual se admite, por hallarse en las condiciones legales en orden a la naturaleza y cuantía del juicio, y se procede a decidirlo.

El recurrente alega la causal 2ª de casación a que se refiere el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, porque hay incongruencia entre lo demandado y lo sentenciado.

Manifiesta que, reconociendo la realidad del hecho de que se queja Sierra y la existencia del derecho, aunque no contra Ulen & Company, anota solamente que la demanda es sustancialmente inepta y que el juicio apenas puede terminar con la declaración de la improcedencia de las peticiones del libelo, para que Sierra, mediante nueva demanda bien dirigida, pueda discutir sobre quién está obligado a la indemnización, si la Compañía o el Municipio o el obrero autor del daño.

Hace en seguida una disertación para concluír que Sierra demandó, no a Ulen & Company, sino al Municipio, poderdante de aquélla, y sin embargo, el Tribunal condenó a la Compañía a pagar con su patrimonio propio la indemnización a favor del demandante. El Tribunal —arguye— se salió del círculo que la ley le señala, de conformar su decisión a las peticiones de la demanda, condenando a persona distinta de la demandada a resarcir al señor Sierra de los perjuicios expresados y a pagar las

costas del pleito, a que no ha lugar al tenor del artículo 35 de la Ley 100 de 1892.

Se observa:

Fue demandada la Casa Ulen & Company como Agente del Municipio de Bogotá y sobre ella, en tal carácter, recayó la condenación. No se descubre, por tanto, la incongruencia que se acusa entre lo demandado y lo fallado, lo cual basta para desestimar la alegada causal 2ª Ahora: si la nombrada Casa no estaba obligada a pagar la indemnización, sino que el obligado era el Municipio, la cuestión ha debido tratarse por la primera causal de casación.

El Tribunal estimó que la Casa Ulen & Company es la entidad civilmente responsable del daño causado a Benjamín Sierra y dio las razones de su aserto, sacadas de las pruebas traídas al proceso, especialmente el contrato celebrado entre esa entidad y el Municipio de Bogotá.

Esto lo ha controvertido el representante de la parte demandada; pero es claro que, desde su punto de vista, ha debido impugnar la sentencia por extremos derivados de la primera causal, porque creyera, verbigracia, que el sentenciador incurrió en error evidente de hecho en la apreciación de la demanda, o en errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, de todo lo cual se siguiera la violación de determinados preceptos legales. Casar la sentencia por lo que indica el recurrente, equivaldría a decir que la Ulen & Company no es la responsable; y esto, se repite, sólo podría examinarse y resolverse por motivos incluídos en la primera causal, que no fue aducida.

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

Las costas son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Por la escritura pública número 287, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Buga, el catorce de noviembre de mil ochocientos noventa, Carlota Escobar viuda de Monedero, vendió a Matías Plaza sus fincas rurales situadas en el Distrito de Buga, con todos los muebles y semovientes que en ellas tenía, por el precio de veinticuatro mil doscientos sesenta y nueve pesos ($ 24,269) de diez décimos, que el comprador debía pagar así: tres mil pesos dentro de los dos años siguientes a la fecha del otorgamiento de esa escritura, y en lo sucesivo, cuatro mil pesos cada dos años, hasta completar la expresada suma, precio de la venta; obligándose, además, a pagar el interés del medio por ciento mensual sobre la suma de veinte mil ochocientos sesenta y seis pesos. Para seguridad del pago del precio y de los intereses estipulados, en ese mismo instrumento quedaron hipotecados, a favor de la vendedora, los mismos bienes allí vendidos.

La vendedora Escobar, viuda de Monedero, otorgó testamento, y en la relación que hizo de sus bienes incluyó el crédito de veinticuatro mil doscientos sesenta y nueve pesos que, según la mencionada escritura número 287, resulta a cargo de Matías Plaza; instituyó por sus únicos y universales herederos a sus hijos María de Jesús, casada con el expresado Matías Plaza; Miguel, Felisa y Gabriela Monedero; dejó cien pesos a María Etelvina, hija natural de Epifanía Lasso, para que le fueran entregados si se casaba o al llegar a la mayor edad; pero que, si la legataria moría sin que se hubiera cumplido ninguna de esas dos condiciones, los cien pesos dichos volverían al haber de la sucesión; y en las cláusulas undécima y duodécima, dijo:

"Como mis hijos Miguel y Felisa Monedero no tienen la capacidad suficiente para manejar y administrar sus bienes, les nombro de curador al señor Matías Plaza.

"Duodécima. Para cumplir lo dispuesto en este testamento, nombro por mi albacea al señor Matías Plaza, a quien encomiendo también lo relativo a mi entierro, que se hará según los ritos de la religión que profeso, que es la católica, apostólica, romana, y en atención al caudal que dejo, le confiero, para el buen desempeño del cargo de albacea, a más del término que fija la ley, todo el que necesite para cumplir mis disposiciones testamentarias; y le dejo la tenencia de mis bienes."

Muerta Carlota Escobar, viuda de Monedero, y siguiendo el juicio de sucesión correspondiente, a cada una de las herederas Gabriela y Felisa Monedero le fue adjudicada, en sus respectivas hijuelas, la suma de cuatro mil novecientos setenta y tres pesos ciento noventa y cinco milésimos en el crédito que, a cargo de Matías Plaza, tenía la causante, de acuerdo con lo que reza la escritura número 287, de catorce de noviembre de mil ochocientos noventa, arriba citada.

Muerta Felisa, y liquidada su sucesión, a su hermana Gabriela Monedero le fueron adjudicados los bienes que aparecen en la hijuela que, en copia, figura a fojas 26 y 27 del cuaderno principal de este proceso.

Murió Matías Plaza, y radicado el juicio de sucesión de él en el Juzgado 1º del Circuito de Buga, fueron declarados herederos suyos José Vicente, María Victoria, José María, María Carlota, Clotilde, María Georgina y Leonor Plaza Monedero. En el inventario que en dicho juicio se practicó el tres de agosto de mil novecientos diez y seis, se lee lo siguiente:

"Créditos pasivos.

"Uno a favor de la señora Gabriela Monedero, así:

"Por capital, $ 49,631, y el cual fue adjudicado a la acreedora en parte del pago de su hijuela en la mortuoria de la señora Carlota Escobar de Monedero, y el cual debía pagar el señor Matías Plaza de lo que él le debía a la señora Escobar de Monedero, procedente del valor del contrato de compraventa, según escritura de catorce de noviembre de mil ochocientos noventa, otorgada en Buga."

Con copias que llenan las exigencias legales de todos los documentos en que constan los hechos narrados hasta aquí, Gabriela Monedero, en escrito de nueve de junio de mil novecientos diez y siete, que fue repartido al Juzgado 1º del Circuito de Buga, dijo:

"Por mis propios derechos, y haciendo valer que no me han sido pagados los tres créditos que tengo contra la sucesión del señor Matías Plaza, demando la resolución del contrato celebrado por mi madre señora Carlota Escobar con el mismo señor Plaza, sobre ventas de varias propiedades raíces y demás accesorios, en el Distrito de Buga, según la escritura pública número 287, de catorce de noviembre de mil ochocientos noventa, otorgada en la Notaría de este mismo lugar, y, al efecto, establezco demanda ordinaria con acción personal contra la mortuoria del señor Matías Plaza, representada por sus herederos señores José Vicente, José María, María Victoria, María Carlota, Clotilde, María Georgina y Leonor Plaza y María Jesús Monedero viuda de Plaza; señora Carlota Plaza, casada con el señor Carlos Barona P.; la señora Clotilde Plaza, casada con el señor Gilberto Garrido, todos vecinos de esta ciudad, y salvo la señorita Leonor, los demás son mayores de edad. Las señoritas Georgina y Leonor son solteras. Igualmente demando los perjuicios que he sufrido y seguiré sufriendo por no haberse cumplido por el comprador el compromiso de pagar el precio o perjuicios que consisten en los valores que dejara de pagarse, como daño emergente, y lo que he dejado de ganar si hubiera podido evolucionar o negociar con el dinero que me dejó mi madre y mi hermana Felisa Monedero; lo mucho que estoy sufriendo, reducida a la extrema pobreza, asilada, como lo he dicho antes, por misericordia, en un piadoso hogar que me socorre. Por estos perjuicios demando la suma de cinco mil pesos oro ($ 5,000); pues pueden ser estimados pericialmente, si la contraparte no se aviene a pagármelos."

Los hechos de la demanda son éstos:

"1º El señor Matías Plaza compró a mi madre, señora Carlota Escobar viuda de Monedero, varias propiedades raíces, muebles y semovientes, por escritura pública número 287, de catorce de noviembre de mil ochocientos noventa, otorgada en esta ciudad, por la suma de veinticuatro mil doscientos sesenta y nueve pesos ($ 24,269), de a diez décimos a plazo.

"2º Que el señor Matías Plaza murió, debiendo la mayor parte de la suma, precio de la venta, pues a mí nada me pagó ni pagó a mi hermana Felisa Monedero; pues ésta también fue heredera de mi citada madre, y murió en poder de la tutela y curaduría que ejercía sobre ella y sus bienes el mismo señor Plaza.

"3º Que soy heredera legítima de mi hermana Felisa Monedero, y por esta representación se me asignó, entre otras especies, como dinero en caja, parte de la suma que debe el señor Matías Plaza a sus herederos, según la escritura anotada antes.

"4º Que igualmente represento o soy acreedora a la mayor parte del legado de cien pesos ($ 100), que dejó mi madre a María Lasso Monedero, por razón de no haberse cumplido la condición testamentaria.

"6º Que los demandados son herederos del señor Matías Plaza, y yo soy heredera de la vendedora señora Carlota Escobar viuda de Monedero, lo mismo que de la señorita Felisa Monedero.

"La señorita Georgina Plaza es mayor de edad, y puede representarse por sí misma o por medio de apoderado, pero la señorita Leonor Plaza es menor de veintiún años y mayor de catorce, por cuya causa puede designar al curador ad litem que ha de representarla en el juicio, y como hay dos señoras casadas, deben ser notificados previamente sus esposos."

Largo tiempo transcurrió en la tramitación de un incidente sobre avalúo de la cuantía de la acción, y en escrito de diez y siete de noviembre de mil novecientos veintiuno, alegó la demandante:

"Refiriéndome a la demanda ordinaria que llevo contra los herederos del señor Matías Plaza, sobre resolución de un contrato, a usted respetuosamente expongo: la demanda la presenté el nueve de junio de mil novecientos diez y siete, fecha en la que el señor Juez ha debido tener en cuenta al notificarse la demanda, el artículo 42 de la Ley 57 de 1887, en lo que se refiere a la diligencia que ha debido practicar el Registrador de instrumentos públicos, para considerar en litigio la cosa sobre que ha de recaer la sentencia solicitada; mas como sucede que, después de notificada la demanda a los demandados, algunos de ellos han hecho enajenaciones que tengo que acusar por medio de la aclaración que me concede el artículo 268 del Código Judicial, paso a cumplir este requisito manifestando lo siguiente: el señor José M. Plaza ha vendido al señor doctor Luis E. Campo una porción del inmueble, por escritura número 229, otorgada en esta ciudad en veinte de junio de mil novecientos diez y nueve, que corre al folio 1379; la señora María Jesús Monedero ha hecho igual cosa, por escritura número 250 b., de tres de julio del mismo año, folio 1451, en esta ciudad, y a favor de los señores José M. Plaza y Carlos Barona y Carlota y Georgina Plaza; los mismos señores Plaza y Barona y Carlota y Georgina Plaza compraron a María Victoria y Leonor Plaza otra porción, en la misma fecha y Notaría.

"Ahora, como una consecuencia del asunto principal, al fallarlo, usted se servirá declarar nulos y de ningún valor todos estos contratos y nulos sus registros, por estar pendiente la demanda que tengo propuesta y haber sido efectuados después de propuesta ésta. Igualmente se servirá usted declarar nula la escritura de venta que ha otorgado el señor Gilberto Garrido al señor don Luis F. Campo, de otra porción sobre el mismo inmueble, de veinticuatro de octubre de mil novecientos diez y ocho, bajo el número 366 de la misma Notaría. Estos documentos los presentaré en el término de prueba.

"Debe entenderse, como he dicho antes, que esta petición es una aclaración a la demanda principal sobre resolución del contrato que tengo propuesta."

Los demandados contestaron la demanda así:

José Vicente Plaza, el diez y nueve de febrero de mil novecientos veintitrés, dijo ser ciertos todos los hechos en que se funda la demanda, y convino en el derecho que en ella invoca la demandante.

José María Plaza negó el derecho en que se funda la acción, "y consecuencialmente—dijo—propongo la excepción perentoria de carencia de acción."

Aceptó los hechos primero y sexto, y sólo en parte el tercero.

Al segundo punto dijo:

"No es absoluto verdadero, porque mi honorable y honrado padre, a la demandante en servicios personales, como alimentación, habitación, vestidos, cuidados y asistencia médica cuando los hubo menester, etc., durante más de veinte años, y, además, por sumas de dinero suministradas al señor José Vicente Plaza, por cuenta y orden de la actora, casi toda la parte del crédito que por sucesión de la señora Carlota Escobar de Monedero se le hubo adjudicado. Da lugar este hecho para proponer,

por otra parte, como propongo al efecto, la excepción de compensación."

Al quinto le negó su asentimiento, y dijo que la señorita María Lasso Monedero fue recogida por Carlota Escobar viuda de Monedero, y que, poco tiempo después, muerta esta señora, "tocó a mi padre—dice—durante diez y seis años, sostener esta niña en su casa, de alimentación, vestuario y habitación, hasta que, debido a su mal estado mental, se le llevó al hospital de esta ciudad. Hay también derecho, con sobra de justicia, para pedir en este caso, como al efecto lo pido, la excepción de compensación."

Negó también el hecho marcado con el número cinco.

En este mismo sentido contestó la demanda el doctor Lisandro Paláu R., en representación de los otros demandados, y el siete de abril de mil novecientos veintiséis, el Juzgado falló así:

"1º No está probada la excepción perentoria de pago por compensación de la deuda propuesta en la contestación de la demanda por el apoderado de alguno de los opositores; pero sí lo está la de petición antes de tiempo, o de un modo indebido, alegada en el alegato de conclusión. En consonancia con el reconocimiento de esta excepción, absuélvese a los demandados de los cargos que se les formulan en la demanda primitiva.

"2º Declárase improcedente la acción de nulidad instaurada por medio de la aclaración de la demanda primitiva, y absuélvese al doctor Luis Felipe Campo y a las demás personas que comprende de los cargos que allí se formulan.

"3º No hay lugar a condenar en costas a la actora, por no ser temeraria la acción intentada."

Por apelación concedida a la demandante, subió el negocio al Tribunal Superior de Buga, y éste, en sentencia de treinta y uno de octubre de mil novecientos veintisiete, confirmó la que fue materia del recurso.

Contra ese fallo del Tribunal, interpuso la demandante el recurso de casación, que le fue concedido, y que la Corte declara admisible.

La recurrente fundó el recurso ante el Tribunal, e invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

"En conformidad con la segunda causal—dice—porque habiendo pedido yo la resolución del contrato en consonancia con los seis hechos de la demanda, esto es, con las tres cuartas partes que me corresponden en los $ 24,269, que son los $ 4,963-125 como heredera de mi madre, los $ 1,591-879 como heredera de mi hermana Felisa, y lo que me corresponde en los $ 100 del legado de Etelvina Lasso, es claro que la resolución del contrato pedida es parcial, y, sin embargo, el Tribunal estimó que la resolución debía ser total, lo que hace que la sentencia no esté en consonancia con lo que yo pedí en mi demanda."

Se observa:

En la demanda se pidió "la resolución del contrato celebrado por mi madre señora Carlota Escobar—dice la demandante—con el mismo señor Plaza, sobre ventas de varias propiedades raíces y demás accesorios, en el Distrito de Buga, según la escritura pública número 287, de catorce de noviembre de mil ochocientos noventa," y en la sentencia recurrida estimó el Tribunal que para que pudiera prosperar la acción, ella debió ser intentada por todos los coasignatarios, en atención a la naturaleza de la acción resolutoria, que no admite que el contrato se resuelva en parte y en parte nó, y por ello confirmó la sentencia de primera instancia, que absuelve a los demandados de los cargos de la demanda, previo reconocimiento de la excepción de petición antes de tiempo y de modo indebido. No hay, pues, tal incongruencia entre lo pedido y lo fallado: cualquier error en que pueda haber incurrido el sentenciador en la parte motiva del fallo, y que hubiera inducido a la conclusión a que llegó, no es materia que constituye la segunda causal de casación.

En lo referente a la primera causal, se acusa a la sentencia recurrida de violación de los artículos 1155, 1401, 1546 y 1930 del Código Civil, "por haber sido—se dice—interpretados erróneamente, puesto que el Tribunal ha deducido de los dos últimos artículos una acción indivisible para los herederos."

Los conceptos del Tribunal que motivan este cargo, están resumidos en los dos párrafos siguientes:

"Con todo, con ser que en principio puede la actora demandar, como lo hizo, la resolución del contrato, en lo que a la parte del crédito a cargo de los herederos del señor Matías Plaza le correspondió en la sucesión de la vendedora doña Carlota Escobar, como asignataria legítima, por la naturaleza de la acción resolutoria, que no admite que el contrato se resuelva en parte y en parte nó, lo que quiere decir que el contrato no puede resolverse sino totalmente, la demanda resulta ineficaz en este caso, por la no concurrencia de los demás asignatarios del crédito en mención a demandar de consuno con la señora Monedero.

"Es cierto que la equidad se resiente, porque no es justo que quien tiene su derecho definido no lo pueda ejercitar sino con el concurso de sus acreedores; pero esta solución la impone la propia naturaleza del vínculo jurídico, al cual, además de la demandante, quedaron sujetos los demás asignatarios entre quienes fue dividida la acreencia. Faltó, pues, que hubieran obrado de consuno los que a dicho crédito tenían derecho, aunque hubiera sido respecto de la cuota que a la actora le correspondió en la sucesión."

Para sustentar su acusación alega así la recurrente:

"Es cosa comprobada en el juicio instaurado por mí que la causa mortuoria de mi madre se siguió y feneció, y que el crédito de los $ 24,269 se dividió o repartió entre sus cinco herederos y el albacea señor Matías Plaza, así:

"A éste para cubrir los gastos de la sucesión, el legado de cien pesos ($ 100) a favor de la menor Etelvina Lasso y otros créditos, se le adjudicaron.. .. ..$	2.509.625
"A mí, o sea Gabriela Monedero..	4.963.125
"A Miguel Monedero..	4.963.125
"A Felisa Monedero..	4.963.125
"A María Jesús Monedero..	3.435.000
"Enrique Monedero, representado por sus menores hijos Elena y Tránsito..	3.435.000
"Suma.. .. ..$	24.269.000

"En conformidad al artículo 1401 del Código Civil, 'cada asignatario se reputa haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido en la partición, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión.'

"Y como los bienes, derechos y obligaciones del difunto se transmiten a sus herederos con las mismas acciones

que aquél tenía en vida, no queda la menor duda que a cada heredero le competen las acciones del causante, en lo relativo a los bienes y derechos que le correspondieron en la partición, puesto que cada cual ha sucedido al difunto inmediata y exclusivamente en los bienes y derechos que le asignaron en la partición, y sería un absurdo que a esos bienes y derechos no les fueran inherentes las respectivas acciones a fin de hacerlos efectivos.

"Luego es claro que si a mi madre, como vendedora, le competía la elección de las dos acciones que consagra el referido artículo 1930, forzosamente compete la misma elección a cada uno de sus herederos.

"Es pues indudable que yo, aisladamente, y sin el concurso de los otros herederos, he tenido y tengo el derecho de pedir la resolución del contrato de que se trata en lo que atañe a la cuota que se me asignó en la partición, o sea por los cuatro mil novecientos sesenta y tres pesos ciento veinticinco milésimos de peso. Y con las mismas razones tengo derecho para que se resuelva ese contrato en la cuota que me corresponde en la sucesión de mi hermana Felisa, o sea $ 1.240.781, que es la cuarta parte de los $ 4.963.125, que a mi dicha hermana Felisa le correspondieron en el crédito de los $ 24.269.000.

"Y como heredera de mi madre, tengo también derecho para pedir la resolución del contrato por la cuota que me corresponde en los cien pesos del legado destinado a la menor Etelvina Lasso, porque debido a no haberse cumplido la condición que lo afectaba esa cantidad volvió al acervo hereditario de mi madre Carlota Escobar viuda de Monedero."

La Corte estima fundado este cargo, y casable la sentencia por las mismas razones que sobre este mismo punto expuso en casación de veintiséis de febrero de mil novecientos treinta, en el juicio seguido por Pedro Pablo Cardoso y María Etelvina Cardoso contra el doctor Santos Palma.

Allí dijo la Corte:

"La acción resolutoria es, por regla general, divisible, cuando, como en el caso de la presente litis, se refiere a un objeto susceptible de división material, intelectual o de cuota.

"Así se desprende de los principios que gobiernan la indivisibilidad de las obligaciones, de conformidad con los artículos 1581 y siguientes del Código Civil, y lo profesa la jurisprudencia más aceptable. La francesa tiene admitido (con algunas excepciones que ahora no vienen a propósito), que 'la acción de resolución es divisible, tanto del lado del vendedor como del lado del comprador, cuando el objeto de la venta es divisible en sí mismo. Así, cuando el vendedor deja varios herederos, cada uno de ellos tiene la acción resolutoria por su parte y porción.' **(Jurisprudencia General**, de Dalliz. Tomo IV, 1ª parte. Edición de 1905 a 1907).

"En la partición de los bienes de la sucesión del acreedor, se les adjudicó a sus herederos por igual, resto del crédito, seis mil pesos, que quedó debiendo Palma. Por falta de pago de esos seis mil pesos, hubiera podido Cayo Cardoso pedir la resolución del contrato. Pues bien: esto mismo pueden hacer sus herederos pero reducida la acción a la mitad para cada uno de los dos, por obra de la divisibilidad de dicha acción, y aparece clara semejante divisibilidad si se tiene presente que la acción resolutoria versa sobre la recuperación de la finca, que es susceptible de división física e intelectual. En tal evento, de conformidad con la primera parte del artículo 1583 del Código Civil, cada uno de los acreedores, aquí los herederos, pueden sólo exigir su cuota.

"Por lo expuesto, la resolución solicitada en la demanda inicial del presente juicio, ha de reducirse a la mitad, ya que de los dos acreedores, sólo al doctor Pedro Pablo Cardoso no se le cubrió su cuota procedente del saldo del precio. Solución es ésta, por lo demás, perfectamente jurídica: como el demandante pidió más de lo que se le debía, es el caso de que la sentencia solamente le declare el derecho a lo que ha probado que se le debe, con arreglo al artículo 273 del Código Judicial."

Para fundar la sentencia de instancia que ha de reemplazar la del Tribunal, se considera:

1º Es un hecho plenamente acreditado en este juicio, que Matías Plaza no pagó a Carlota Escobar, viuda de Monedero, las fincas que ésta le vendió por medio de la escritura número 289, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Buga, el catorce de noviembre de mil ochocientos noventa. Muerta la vendedora, señora Escobar de Monedero, le sobrevivieron sus cuatro hijos legítimos, Gabriela, Miguel, Felisa y María de Jesús Monedero, y en representación de su hijo Enrique Monedero, sus nietos Elena y Tránsito Monedero, según consta en la cuenta de partición de que arriba se ha hecho mérito. Consta allí mismo que en la sucesión de la expresada señora Escobar de Monedero se inventarió el crédito contra Matías Plaza, por veinticuatro mil doscientos sesenta y nueve pesos, precio de la venta cuya resolución se pide, y que de ese crédito se le adjudicó a la demandante Gabriela Monedero, la suma de cuatro mil novecientos sesenta y tres pesos, seiscientos veinticinco milésimos de peso.

Por consiguiente, la resolución demandada por Gabriela Monedero sólo puede prosperar en lo referente a la expresada parte alicuanta que se le adjudicó en el crédito, y así ha de ser decretada, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 273 del Código Judicial, viniendo a quedar, en consecuencia, la precitada demandante Gabriela Monedero, en comunidad con los herederos de Matías Plaza, en una cuota de dominio de valor de cuatro mil novecientos sesenta y tres pesos y ciento veinticinco milésimos de peso ($ 4.963.125), en todos los bienes vendidos por medio de la susodicha escritura número 287, de catorce de noviembre de mil ochocientos noventa, proporcional y relativamente al precio por el cual fueron vendidos dichos bienes, que es el de veinticuatro mil doscientos sesenta y nueve pesos.

2º Aunque la demandante hace valer, además de la cuota que se le adjudicó del crédito que contra Matías Plaza tenía su madre Carlota Escobar de Monedero, por el precio de los bienes de que trata el punto que precede, dos créditos más, a saber: el que dice le corresponde como heredera legítima de su hermana Felisa o Felicidad Monedero, en la cuota que a ésta se le adjudicó en el crédito que su citada madre tenía contra Matías Plaza, procedente de la venta de que trata la escritura número 287, que viene mencionada; y el que dice que le corresponde por la mayor parte del legado de cien pesos que su expresada madre le dejó a María Lasso Monedero, y que quedó sin efecto; pero ni el pago de este legado lo radicó la testadora en el precio de los bienes que vendió a Matías Plaza por medio de la escritura que se acaba de citar, ni la demandante ha comprobado ser dueña de ninguno de los otros dos créditos, que trata de hacer valer, razón por la cual no puede prosperar su demanda con relación a ellos.

3º En escrito fechado el diez y siete de noviembre de mil novecientos veinte, y presentado antes de que se diera contestación a la demanda, manifestó la demandante su propósito de aclarar la demanda, y al efecto dijo:

"El señor Juez ha debido tener en cuenta, al notificarse la demanda, el artículo 42 de la Ley 57 de 1887, en lo que se refiere a la diligencia que ha debido practicar el Registrador de instrumentos públicos para considerar en litigio la cosa sobre que ha de recaer la sentencia solicitada; mas como sucede que, después de notificada la demanda a los demandados, algunos de ellos han hecho enajenaciones, que tengo que acusar por medio de la aclaración que me concede el artículo 268 del Código Judicial, paso a cumplir este requisito, manifestando lo siguiente: el señor José M. Plaza ha vendido al señor doctor Luis F. Campo una porción del inmueble, por escritura número 229, otorgada en esta ciudad el veinte de junio de mil novecientos diez y nueve, que corre al folio 1379; la señora María de Jesús Monedero ha hecho igual cosa, por escritura número 250 b. de tres de julio del mismo año, folio 1451, en esta ciudad y a favor de los señores José M. Plaza y Carlos Barona y Carlota y Georgina Plaza; los mismos señores Plaza y Barona y Carlota y Georgina Plaza compraron a María Victoria y Leonor Plaza otra porción, en la misma fecha y Notaría.

"Ahora, como una consecuencia del asunto principal, al fallarlo usted se servirá declarar nulos y de ningún valor todos estos contratos y nulos sus registros, por estar pendiente la demanda que tengo propuesta, y haber sido efectuados después de propuesta ésta. Igualmente se servirá usted declarar nula la escritura de venta que ha otorgado el señor Gilberto Garrido al señor don Luis F. Campo de otra porción sobre el mismo inmueble, de veinticuatro de octubre de mil novecientos diez y ocho, bajo el número 366, en la misma Notaría. Estos documentos los presentaré en el término de prueba.

"Debe entenderse, como he dicho antes, que esta petición es una aclaración a la demanda principal sobre resolución del contrato que tengo propuesta."

Sin entrar en otras consideraciones referentes a las objeciones que los demandados le hacen a esta aclaración de la demanda, en cuanto a su forma y a su procedencia, basta observar que, según lo establece el artículo 42 de la Ley 57 de 1887, invocado por la demandante, para los efectos del artículo 1521 del Código Civil, sólo se considera en litigio un inmueble sobre cuya propiedad se ha promovido demanda civil ordinaria, cuando el Registrador de instrumentos públicos y privados, a virtud de aviso oficial escrito del Juez ante quien se ha presentado dicha demanda, ha tomado razón de ella en el libro de registro de demandas civiles, y como las ventas a que se refiere la demandante en su citado escrito de aclaración se efectuaron sin haberse llenado ese requisito, lo pedido en ese escrito carece de fundamento.

De acuerdo con lo que viene dicho, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

1º Cásase parcialmente la sentencia recurrida, proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el treinta y uno de octubre de mil novecientos veintisiete, en cuanto confirma la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 1º del Circuito de Buga el siete de abril de mil novecientos veintiséis.

2º Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre Carlota Escobar, viuda de Monedero, como vendedora, y Matías Plaza, como comprador, por medio de la escritura pública número 287, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Buga el catorce de noviembre de mil ochocientos noventa; pero esta resolución se decreta únicamente en lo referente a la parte alicuanta que en el dominio de los bienes vendidos por medio de dicha escritura representa el valor de cuatro mil novecientos sesenta y tres pesos y ciento veinticinco milésimos de peso, que en el precio de esa venta, no pagado por el comprador Matías Plaza, le fue adjudicado a la demandante en la sucesión de la vendedora Carlota Escobar, viuda de Monedero, en relación con la cantidad de veinticuatro mil doscientos sesenta y nueve pesos que representa dicho precio. En consecuencia, los demandados están obligados a restituírle a Gabriela Monedero, en el término de tres días, contados desde el auto de cumplimiento de esta sentencia, la parte dicha de los bienes a que se refiere el punto que precede.

Los demandados están asimismo obligados a restituírle a Gabriela Monedero los frutos producidos y que se produzcan hasta el día del pago correspondiente a la expresada parte de los bienes a que se refiere esta resolución, contados esos frutos desde el día en que la finca fue entregada al comprador Matías Plaza. La estimación de ellos se hará en juicio separado.

Condénase a la sucesión de Matías Plaza, representada por los herederos de éste, señores María de Jesús Monedero viuda de Plaza, José Vicente, José María, María Victoria, María Carlota, Clotilde, María Georgina y Leonor Plaza, a pagarle a la demandante Gabriela Monedero los perjuicios a ella ocasionados por la infracción del contrato, los que se estimarán en juicio separado.

No hay lugar a declarar la nulidad de las ventas expresadas por la demandante en su escrito de aclaración de la demanda, ni la nulidad de los registros de las escrituras por medio de las cuales se efectuaron esas ventas.

Queda así reformado el punto segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

La confirmación que hace el Tribunal de la sentencia de primera instancia, subsiste en todo cuanto ésta no queda reformada por la presente.

Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—Germán B. Jiménez—José Miguel Arango—Juan E. Martínez—Juan N. Méndez. Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

El Jurado que intervino en la causa contra Joaquín Muñoz y José Antonio Pedraza, abierta por auto de fecha veinte de noviembre de mil novecientos veintinueve proferido por el Juzgado 2º Superior de Pasto, y confirmado por el Tribunal Superior el diez y ocho de febrero de mil novecientos treinta, profirió su veredicto como se transcribe:

"¿El acusado Joaquín Muñoz es responsable de la apropiación fraudulenta de la suma de un mil seiscientos cincuenta pesos con diez centavos oro, de propiedad de los señores R. Lince, Ortiz y Compañía, que con fuerza o violencia les fue sustraída mediante la práctica de un foramen en la pared del almacén o tienda de comercio que dichos señores tienen establecido en la ciudad de Túquerres; hecho ocurrido en la noche del veinticinco al veintiséis de julio de mil novecientos veintinueve?"

El Jurado por mayoría contestó:

"Sí."

"¿El acusado José Antonio Pedraza es responsable de la apropiación fraudulenta de la suma de un mil seiscientos cincuenta pesos con diez centavos oro, de propiedad de los señores R. Lince, Ortiz y Compañía, que con fuerza o violencia les fue sustraída mediante la práctica de un foramen en la pared del almacén o tienda de comercio que dichos señores tienen establecido en la ciudad de Túquerres; hecho ocurrido en la noche del veinticinco al veintiséis de julio de mil novecientos veintinueve?"

El Jurado por mayoría dijo:

"Sí."

En acatamiento al veredicto, el Juez Superior dictó la sentencia de fecha veinte de mayo de mil novecientos treinta, que condena a cada uno de los procesados a la pena de trece años de presidio como responsables en primer grado del delito de robo, con aplicación de los artículos 782 y 785 del Código Penal; fallo que el Tribunal Superior confirmó el veinticinco de junio siguiente.

Contra la sentencia de segunda instancia, los procesados interpusieron recurso de casación, invocando la causal 1ª, en demanda que es admisible para estudio de fondo.

Dicen los recurrentes que la sentencia viola el artículo 771 del Código Penal, en cuanto los condenó por robo, sin que aparezca en el proceso prueba alguna de que ellos hubieran sustraído y apropiado dinero del almacén de propiedad de los señores R. Lince, Ortiz y Compañía; pues afirman que nadie los vio romper la pared de tal establecimiento, ni sustraerse el dinero, ni llevarse un solo centavo. Consideran débiles los indicios que comprometen la responsabilidad de ellos, y explican su permanencia en la casa del doctor Eleázar Benavides, diciendo que dos domésticas les facilitaron la entrada a fin de estar con ellas aquella noche, y que por la mañana las mujeres les impidieron salir, por no haberles pagado a cada una un peso, que era la suma convenida.

Para resolver, se considera:

Conforme a las pruebas del informativo, el auto de proceder hace el siguiente relato de los hechos.

"En la madrugada del veintiséis de julio del año próximo pasado (1929), cuando las domésticas María Ruiz y Zoila García se levantaron a abrir el portón de la casa del doctor Eleázar Benavides, en la ciudad de Túquerres, por cuanto alguien había llamado, encontraron en el interior de dicha casa a dos individuos, quienes les manifestaron que allí habían pasado la noche en razón de que no habían encontrado posada en otra parte, agregando que insistentemente pedían que les abrieran la puerta. Dichas sirvientas no accedieron a ello, y llamaron al doctor Benavides y le avisaron lo que ocurría, por lo cual éste salió al balcón y llamó a dos agentes de policía, quienes condujeron a la cárcel a tales individuos, que resultaron ser Antonio Pedraza y José Joaquín Muñoz.

"Tanto el doctor Benavides como sus dos sirvientas observaron un foramen que se había practicado en una de las paredes del zaguán, el que daba acceso al almacén de los señores R. Lince, Ortiz y Compañía, en donde vieron un talego de dinero y unos billetes esparcidos. Además, una de las nombradas muchachas vio que uno de dichos individuos cargaba debajo de la ruana otro talego de dinero.

"Después de que Pedraza y Muñoz fueron conducidos a la cárcel, se encontraron: un talego de dinero en el foramen practicado, otro escondido debajo de la grada, y en un lugar del jardín, donde se notaba que estaba removida la tierra, seis atados que contenían moneda de níquel, cantidades que se ha acreditado satisfactoriamente alcanzaban a un total de mil seiscientos cincuenta pesos diez centavos ($ 1,650-10) oro.

"Las declaraciones juradas del doctor Eleázar Benavides y de las sirvientas María Ruiz y Zoila García, corroboradas por las de los agentes de policía Benjamín Rodríguez y Francisco Jurado, en la parte que a éstos corresponde, son la base probatoria de los hechos al principio relacionados, como los testimonios del empleado del almacén, Daniel Coral y las comprobaciones que resultan del concepto de los peritos José Briceño Páez y Luis Cifuentes, y de las declaraciones de Eustorgio Rueda, Enrique Hernández y Azael Ramírez, la base satisfactoria del establecimiento de la cuantía indicada y de los elementos de la propiedad, preexistencia y consiguiente falta."

De todo esto y del veredicto afirmativo de los Jueces de hecho, se desprende con toda claridad que no se aplicó indebidamente el artículo 771 del Código Penal, desde luégo que se trata de un caso de apropiación de lo ajeno por medio de fuerza y violencia, sin que de ninguna manera pueda admitirse el análisis de pruebas que los recurrentes hacen para explicar porqué fueron encontrados en la casa del doctor Benavides, ya que el Jurado no está sometido a tarifa legal de pruebas, y que ni siquiera se ha invocado el caso extraordinario de la injusticia notoria, en forma que diera lugar a un estudio sobre el particular.

Los recurrentes, para sustentar la misma causal 1ª, alegan como segundo motivo que la pena aplicable al caso no es la prescrita por los artículos 782 y 785 del Código Penal, sino la que determina el artículo 782, en relación con los artículos 4º y 7º ibídem, o bien la que señala el artículo 788 del mismo Código; pues alegan que si hubo robo, no puede considerársele sino como delito frustrado, porque estando cerrada la puerta de entrada a la casa del doctor Benavides—circunstancia independiente de la voluntad de ellos—era físicamente imposible la consumación del robo. Que tampoco era el caso de aumentar la pena en relación a la cuantía de lo robado, puesto que—afirman—no hay prueba que determine a cuánto ascendió el dinero sustraído, y ya que la declaración de Daniel Coral, según ellos, no hace fe, por ser interesado, como cajero del almacén y persona que humanamente pudo llevar dinero al almacén al otro día con "el mero propósito de hinchar los acontecimientos a su modo," según la expresión de que se valen los recurrentes. Niegan también que exista la prueba de la preexistencia y consiguiente falta de la cantidad robada, y concluyen diciendo que sería más acertado aplicar al caso el artículo 788 del Código Penal, por ser más benigno.

Se considera:

No se trata en el caso de autos de la simple tentativa de robo, prevista por el artículo 788 del Código Penal, desde luégo que Muñoz y Pedraza no fueron descubiertos antes de verificar la sustracción del dinero del lugar donde se hallaba depositado, sino cuando ya habían ejecutado, con el intento de robar, actos suficientes por su naturaleza para producir el delito; ya habían penetrado al almacén, y por medio de fuerza y violencia habían aprehendido el dinero que deseaban apropiarse, sustrayéndolo de la caja donde se encontraba. Pero, en cambio, es indudable que la circunstancia de estar cerrado el portón de la casa del doctor Benavides, impidió la consumación del robo por causas independientes de la voluntad de los procesados, aunque ya hubieran puesto de su parte los actos suficientes para producir el delito, que por lo mismo, resultó frustrado, al tenor del artículo 4º del Código Penal, que dice:

"Hay **delito frustrado**, cuando los actos ejecutados por el culpado, con el intento de cometerlo, son, por su naturaleza, suficientes para producirlo, y sin embargo, no lo producen por causas o accidentes independientes de su voluntad."

Por consiguiente, el reparo que se le hace a la sentencia del Tribunal, se justifica por este aspecto.

En cuanto al monto de la suma sustraída, se encuentra determinada por el dictamen pericial que figura a los folios 46 vuelto y 47, del cuaderno 1º, en la cantidad de $ 1,650-10, que es la misma a que se refiere el veredicto del Jurado, sin que quepa admitir el dicho de los recurrentes sobre que el señor Daniel Coral trajera alguna cantidad adicional con el propósito de agravar el delito; pues esto no pasa de ser una torcida y gratuita suposición, del todo semejante a la calumniosa disculpa de que echan mano los recurrentes para explicar su presencia en la casa del doctor Benavides.

Y por lo que respecta al crédito que deba darse a la declaración de Coral, sobre la preexistencia de la cantidad robada, debe tenerse presente que, conforme al artículo 1529 del Código Judicial, es admisible el testimonio del interesado y de sus familiares, en defecto de extraños, y que aquí no sólo se encuentra la afirmación de Coral, sino que también, como lo dice el auto de proceder, "queda probada la preexistencia de lo robado, y la propiedad y falta con las declaraciones de los testigos que citó el mismo Coral, como que le habían entregado diversas cantidades Eustorgio Rueda, Enrique Hernández, Azael Ramírez y otros que así lo afirmaron."

Por último, alegan los recurrentes, que la delincuencia debió calificarse en tercer grado y no en el primero, con lo cual se viola—dicen—el artículo 123 del Código Penal, desde luégo que les favorece la circunstancia atenuante de buena conducta anterior, y no están demostradas las agravantes que el Tribunal enumera en su fallo.

Para resolver, se considera:

Como circunstancias agravantes de carácter especial, según el artículo 802 del Código Penal, sí están demostradas en el proceso dos de las que enumera el Tribunal, esto es, las de ser dos los autores del robo y el haberse cometido el delito de noche; pero en cambio, la buena conducta anterior de los procesados se presume, y no hay en autos prueba alguna que desvirtúe esa presunción favorable. De tal suerte que, como esta circunstancia es atenuante, y basta una sola de ellas en concurrencia con agravantes, para que la calificación de la delincuencia haya de hacerse en segundo grado, se justifica este otro motivo de casación.

En tal virtud, la pena para cada uno de los sentenciados debe computarse así:

Si el delito se hubiera consumado, las penas para cada uno de ellos serían:

Por violación del artículo 782 del Código Penal.	18 meses de presidio.
Aumento del artículo 785 ibídem.	99 meses de presidio.
Total.	117 meses de presidio,

o sean nueve años y nueve meses de tal pena. Pero como el delito de que se trata quedó frustrado, solamente corresponde a cada uno de los procesados las dos terceras partes, al tenor del artículo 7º del Código Penal, esto es, seis años y seis meses de presidio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a cada uno de los procesados Joaquín Muñoz y José Antonio Pedraza, a la pena principal de seis años y seis meses de presidio, como responsables en segundo grado del delito de robo frustrado, a que se refiere el presente juicio.

Queda firme en lo demás la sentencia materia del recurso.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El Juzgado Superior de Cali, en desarrollo del veredicto pronunciado por el Jurado de Calificación, reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Baldomero Hernández, por varios cargos, en sentencia de fecha junio cuatro del año próximo pasado, condenó al acusado a las siguientes penas:

"En virtud de las consideraciones que preceden, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se condena a Baldomero Hernández, de treinta y ocho años de edad, natural de Palmira y vecino de Yumbo, soltero, jornalero y católico, por envenenamiento en la persona del niño Daniel Sánchez Polanco, de quince (15) meses de edad; y por tentativa de envenenamiento en la persona de Vicente Sánchez, y por haber puesto veneno en lo que el último debía comer, y que comió Daniel Sánchez Polanco, a veinte años de presidio y cinco años de reclusión, pena que cumplirá, deducido el tiempo de la detención preventiva, en el establecimiento de castigo que señale el señor Gobernador del Departamento; a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, y a la privación perpetua de los derechos políticos; al pago a Vicente Sánchez de los perjuicios que éste hubiere sufrido por la muerte del niño Da-

niel Sánchez Polanco, y por la tentativa de envenenamiento contra el mismo Vicente Sánchez, y al pago de las costas del juicio."

El Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en sentencia de fecha septiembre once de ese mismo año, reformó la de primera instancia, condenando a veinticinco años de presidio, y no a veinte años de la misma pena, y cinco de reclusión, como lo había dicho el Juez.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el condenado, y como el memorial en que tal cosa hizo, reúne las exigencias legales, se procede a estudiar el recurso en el fondo, siendo de advertir que durante el traslado no se presentó alegato.

Se invocaron como causales de casación la primera y segunda de las contenidas en el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, o sea violación de la ley penal por mala interpretación de las disposiciones aplicadas, y violación de la ley procedimental, por haberse incurrido en error en cuanto a la denominación genérica del delito en el auto de enjuiciamiento, y haber recaído, por consiguiente, la sentencia sobre un juicio viciado de nulidad.

En orden lógico se estudiará primero la segunda de las causales invocadas.

Se dice que no estando demostrado el elemento a sabiendas que exige el delito de envenenamiento, el llamamiento a juicio ha debido hacerse simplemente por homicidio y no por aquel delito, tal como lo había hecho el Juez, al dictar el auto de proceder, y no como obró el Tribunal al reformar ese auto y disponer que el enjuiciamiento debía hacerse por envenenamiento, con lo cual, dice el recurrente, se incurrió en la nulidad que prevé el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 54 de 1887.

Se considera:

El Tribunal, al revisar el auto de proceder, hizo un juicioso estudio acerca del punto anterior que suscita en casación el recurrente, exponiendo razones que no han sido en forma alguna examinadas ni rebatidas en la demanda de casación, y las cuales reproduce la Corte como fundamento en esta parte del fallo, por estar de acuerdo con ellas:

"Claro que el envenenamiento es un homicidio con caracteres de asesinato. Pero por ciertos casos, por su modalidad especial, por su finalidad, que puede ser colectiva o individual, o la de causar un mal menor que la muerte, por los grados que a la misma tentativa, o al delito frustrado en relación con este delito, da la ley una reagravación, el Código ha clasificado en un capítulo especial del mismo Título 1º del Libro 3º, distinto de la especificación del homicidio, pues éste está en el capítulo 1º, y el envenenamiento en el 2º del mismo Título y Libro.

"La técnica jurídica ha establecido lo anterior, y la aplicación del procedimiento manda, en el artículo 345 de la Ley 105 de 1890, que al formular el cargo, 'en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento se mencionará el delito con la denominación que le da **el Código Penal en el respectivo capítulo o en el correspondiente Título,** cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, heridas, robo, hurto, estafa, delitos y culpas contra los funcionarios y empleados públicos, etc., sin calificar, desde luégo, si el homicidio fue premeditado, involuntario o de otra especie, ni señalar algún artículo especial en el capítulo o sección correspondiente de la ley penal que trate del delito materia del proceso.'

"Este es un envenenamiento. Tiene un capítulo especial en su título y libro correspondiente, luego debe llamarse a juicio con la denominación que le da el Código al delito. De no hacerlo así, incurriríase no sólo en error técnico y de procedimiento judicial, sino en nulidad, al tenor de lo que para el caso contempla el artículo 264 de la Ley 57 de 1887, que preceptúa:

'Produce nulidad en los juicios criminales:

. . . . . .

'7º Haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito a la época y lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido.' "

Para sostener la primera causal invocada se presentan varios motivos de casación. Alega en primer término el recurrente que se violó el artículo 627 del Código Penal, puesto que se condenó por el delito de envenenamiento, no estando comprobado el elemento a sabiendas.

Se considera:

Lo relativo a ese elemento hace parte de la responsabilidad, porque se refiere a una malicia especial, cuya apreciación definitiva corresponde a los Jueces de conciencia, por tratarse de una cuestión de hecho, y bien sabido es que esa clase de jueces no están sometidos a tarifa legal de pruebas, como lo dispone el artículo 304 de la Ley 57 de 1887.

De ahí que el examen de pruebas, para deducir el error de hecho en asuntos que se deciden con intervención del Jurado, y en la forma presentada por el recurrente, no esté reconocido por la ley como causal de casación.

Se alega que el homicidio por él cometido en la persona del niño Daniel Sánchez Polanco, fue simplemente involuntario, porque él no tuvo intención de causar la muerte, jamás pensó en envenenarlo; faltó, pues, el elemento subjetivo, "y en faltando ese elemento, sin librarme de responsabilidad como lo quiere el artículo 17 del Código Penal, el hecho degeneró en un homicidio involuntario."

Se considera:

El recurrente olvidó examinar la forma como se redactaron los cuestionarios en armonía con el auto de proceder, y la contestación afirmativa que dio el Jurado; en ellos se interrogó expresamente no sólo acerca de la voluntariedad con que hubiera procedido el acusado, sino aun sobre la premeditación; y así, de acuerdo con ese veredicto, no podía el Juez aplicar la disposición que invoca el recurrente y que sanciona el homicidio involuntario, porque entonces sí la violación de la ley habría sido manifiesta. El Juez de derecho tiene como obligación primordial, la de dictar sentencia "con arreglo a las leyes y a las resoluciones del Jurado," (Artículo 324, Ley 57 de 1887).

Ataca, por último, el recurrente, la sentencia del Tribunal, en cuanto fue condenado a la pena de veinte años de presidio, no sólo por el delito de envenenamiento en la persona del menor Daniel Sánchez, sino también por el de tentativa del mismo delito en la persona de Vicente Sánchez, y al mismo tiempo por el hecho delictuoso que contempla el artículo 638 del Código Penal, todo lo cual fue deducido por los jueces de instancia del siguiente cuestionario, en que se preguntó si Baldomero Hernández era "responsable de la muerte del niño Daniel Sánchez, de quince (15) meses de edad, a consecuencia de haber colocado Baldomero Hernández voluntaria y premeditadamente en la guambía o talega que Vicente Sánchez debía llevar de Yumbo a Arroyohondo, a su trabajo, con sus abarcas y sus alimentos, una rosca de pandebono,

envenenada con estricnina, con el fin de causarle la muerte a Vicente Sánchez, por envenenamiento; lo que no se realizó, porque Vicente Sánchez dejó la rosca de pandebono a sus hijos Luis Alberto y Daniel, quienes comieron de ella, a consecuencia de lo cual, Daniel Sánchez murió envenenado. Con la circunstancia de que para colocar Baldomero Hernández la rosca de pandebono envenenada en la guambía o talega bastimentera de Vicente Sánchez, penetró sigilosamente a la casa de habitación del último, en la madrugada del catorce (14) de junio del año antepasado (1928), fecha de la muerte de Daniel Sánchez ¿Hechos ocurridos en Yumbo?"

Se considera:

Para apreciar en toda su amplitud los anteriores ataques que se hacen a la sentencia recurrida, es necesario dejar establecido cómo se verificaron los acontecimientos, para luégo deducir de ellos las respectivas consecuencias jurídicas.

Es el mismo sindicado quien hace la historia completa y minuciosa de esos acontecimientos; de esa historia se toma el siguiente resumen:

Hacía varios años que Hernández vivía en la casa de los esposos Vicente Sánchez y Filomena Polanco, en donde se le reputaba como pariente de ellos, hasta que un día cualquiera se desarrollaron relaciones amorosas, y desde luégo ilícitas entre Hernández y la Polanco, de las cuales vino a darse cuenta el jefe del hogar por informes de su hijo Benjamín Sánchez, lo que dio lugar a que Hernández tuviera que retirarse de la casa. Las relaciones con la Polanco continuaron, y se veían y encontraban por fuera y a veces dentro de la misma casa, porque la mujer, sigilosamente, le facilitaba la entrada. Le manifestaba la Polanco a Hernández que ella no quería a su marido, que procurara deshacerse de él; esa situación hizo surgir en el ánimo de Hernández la idea de dar muerte a Sánchez. En efecto, acordándose que en la misma casa de Sánchez existía un frasco con veneno, en una de las entradas que allí hizo para verse y estar con la Polanco, lo sacó, y después de verterlo en una rosca de pandebono que la adúltera le había obsequiado, penetró a la casa de Vicente Sánchez en la madrugada del catorce de junio de mil novecientos veintiocho, colocando el pan envenenado en la "guambía o talega que aquél debía llevar de Yumbo a Arroyohondo," con "sus abarcas y sus alimentos." Mas resultó que en vez de llevarse Sánchez la rosca de pan envenenado, se la dio inocente e inadvertidamente a sus menores hijos Daniel y Luis Alberto, por consecuencia de lo cual se envenenó el primero. Sorprendido Hernández que quien había muerto era el niño Daniel, a quien consideraba como su hijo, lo mismo que otra de las niñas de nombre Josefina, se fue, dice, "a mandarle hacer el ataúd, y cuando se encontraba en el cementerio abriendo la sepultura fue aprehendido por la policía."

De acuerdo con la relación anterior, que sirvió de principal y único fundamento para acreditar el elemento de responsabilidad, y por consiguiente para dictar el auto de proceder, con toda nitidez se deduce lo siguiente:

Si una vez colocado el pan envenenado en la casa de Vicente Sánchez con el fin de causarle la muerte en la forma ya conocida, éste, por cualquier motivo, como así sucedió, no lo hubiera comido, es decir, si las cosas no hubieran pasado más adelante, sin que hubieran producido resultado alguno, es claro que el hecho delictuoso ejecutado por Baldomero Hernández habría correspondido a la entidad especial delictuosa que contempla la primera parte del artículo 631 del Código Penal, y que en ciencia penal se conoce con el nombre de delito formal. Mas no es esa la situación que aquí se presenta, pues por consecuencia de los actos realizados por el acusado sobrevino la muerte del niño Daniel Sánchez, y entonces surgió una entidad delictuosa, de tal gravedad y de tal importancia, que todos los actos se miran como una sola entidad; considerar como delitos cada uno de esos actos, sería tanto como sancionar a un mismo tiempo, y por separado, los actos preparatorios, los que dan principio a la ejecución y la ejecución misma como delito consumado.

Desde luégo que nuestro Código Penal establece en el artículo 594, que 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, fue porque estimó el legislador que, no mediando en esos casos sino uno sola intención y resolución criminal y unos mismos actos realizados para conseguir el propósito criminoso, no podían existir dos delitos sino uno solo, aun cuando la persona ofendida fuera distinta de la que se pensaba ofender o perjudicar; pues como lo anota brillantemente el señor Procurador, el delito consumado en el caso de este proceso, destruye con su existencia la tentativa, "toda vez que es jurídicamente imposible que en un hecho punible haya la doble entidad de tentativa y delito consumado."

No hay duda, por otra parte, que al considerar por diversos aspectos un mismo hecho delictuoso con el fin de imponerle al responsable varias penas, se viola el principio tan antiguo como acertado del **non bis in idem**.

En consecuencia, las tachas que en este capítulo de la demanda se hacen a la sentencia recurrida, están justificadas, y deben prosperar.

Por tanto, la sentencia del Tribunal violó directamente las disposiciones de los artículos 631, 5º y 8º del Código Penal, al aplicar las sanciones de que tratan esos artículos, no siendo el caso.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Baldomero Hernández, por el delito de envenenamiento en la persona del niño Daniel Sánchez Polanco, a la pena de veinte años de presidio, que cumplirá, deduciendo el tiempo que lleva de detención preventiva, en la penitenciaría que designe el Gobierno; a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, y a la privación perpetua de los derechos políticos; al pago a Vicente Sánchez de los perjuicios que éste hubiera sufrido con la muerte del niño Daniel Sánchez Polanco; al pago de las costas del juicio.

Se advierte que se reproducen todas las condenaciones accesorias que trae la sentencia del Tribunal, en virtud de lo que dispone el inciso 4º del artículo 12 de la Ley 90 de 1920.

Se absuelve a Baldomero Hernández por los demás cargos que se le dedujeron en las sentencias de instancia y de que se trata en la parte motiva de este fallo.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En libelo de fecha quince de marzo de mil novecientos veintiocho, dirigido a los señores Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena, el señor don Jerónimo Martínez A., en su propio nombre propuso demanda contra la Nación "para que, previos los trámites del juicio ordinario, sea condenada en sentencia definitiva a pagarme —dice—los perjuicios que se me han causado con los actos anotados, o sean los que resulten a cargo de la misma en el dictamen pericial que ha de practicarse en el curso del juicio, perjuicios que aprecio en la suma de cinco mil pesos ($ 5,000) oro legal, y como tengo conocimiento que los cortes continúan con demérito de mi predio, haciendo uso del derecho que al demandante concede el artículo 407 del Código Judicial, solicito que se ordene a la Interventoría del Dique suspenda los cortes que viene verificando la draga en terrenos de mi potrero **Las Mestizas,** durante el curso del juicio. La demanda deberá seguirse y adelantarse con el señor Fiscal de ese Tribunal, como representante de la Nación en esta sección de la República."

Como hechos fundamentales de su acción, expuso estos:

"Primero. Consta de las escrituras públicas números 716, de diez y siete de julio de mil novecientos veintitrés, y 603, de once de junio de mil novecientos veinticuatro, otorgadas ante el Notario 1º Público de esta ciudad, que soy dueño y poseedor regular de una caballería en los terrenos de **San Cristóbal de la Sabaneta** o **Navarro,** situado en jurisdicción del Distrito de Soplaviento; terrenos esos que se encuentran comprendidos, según esas escrituras, entre los siguientes linderos: por un lado el canal del Dique, desde la confluencia de éste con el antiguo canal del Dique, excavado por los españoles, aguas abajo, hasta el lugar denominado partido o paso de **La Balsa;** de este lugar con dirección a la ciénaga del **Congo,** hasta el camino real que conduce de Soplaviento a **Hatoviejo,** denominado **De la Sabaneta;** de allí, siguiendo dicho camino con dirección a **Hatoviejo,** hasta llegar a **Ciénaga María;** de éste, siguiendo dicho camino en la misma dirección, hasta llegar al kilómetro setenta y ocho (78) de la línea férrea de Cartagena a Calamar, hasta el punto en que dicha línea cruza el arroyo de **Ceiba;** de dicho punto, siguiendo el curso del dicho arroyo, aguas abajo, hasta la confluencia con este arroyo con el dique viejo; y de este lugar, siguiendo el curso de dicha vía, aguas abajo, hasta el primer punto de partida.

"Segundo. Según esas mismas escrituras citadas anteriormente, soy también propietario y poseedor regular de un potrero denominado **El Dique,** compuesto de los potreros conocidos con los nombres de **Las Mestizas, Barbacoas** y **El Viejo,** que se encuentran delimitados por cercas de alambres y el canal del Dique; potrero ése del **Dique** que se encuentra dentro de la caballería de tierra antes citados y en la misma jurisdicción del Distrito de Soplaviento, y cuyos linderos generales son los siguientes: por un lado, o sea el Norte, con el canal del Dique; del lado opuesto, o sea el Sur, con el camino real de Soplaviento a San Cristóbal; en medio, con potreros de Tomás Alfaro, Adolfo Pérez, Carmen Orozco y Casimiro Castillo y con huerta que fue de Fidel Castillo O., denominada **Vijao** y con el camino de San Cristóbal; por una de sus cabeceras, o sea el Este, con camino del puerto de San Cristóbal; y por la otra cabecera, o sea al Oeste, con potreros de los señores Vicente Amor, Lao Mendoza y Manuela Osorio.

"Tercero. Hace algún tiempo que la Nación, o sea la República de Colombia, por medio de sus representantes, viene verificando trabajos de excavación a lo largo del canal del Dique, con el fin de que preste servicio eficiente a la navegación fluvial, y al efecto, se vienen verificando cortaduras en las laderas del citado canal con el fin de ampliarlo (sic) para la navegación.

"Cuarto. Antes de ahora, fue verificado por medio de la draga, que está trabajando en las obras de canalización del Dique, un corte en la ribera del Dique, que queda frente a mi hacienda o terreno denominado **Las Mestizas,** o sea el potrero antes mencionado, y obstruyeron el desagüe del Dique viejo en Dique nuevo, que queda en esa parte, en lugar de verificar esa obstrucción el respectivo canal Dique viejo en su parte de arriba, o sea por donde entran las aguas en él.

"Quinto. Esa obstrucción a la salida de las aguas, me causó grandes perjuicios, debido a que, cuando vinieron las crecientes en el Dique, fueron inundados los terrenos de mis potreros, y cuando las aguas se retiraron, dejaron en ellos grandes cantidades de cieno en gran extensión de los mismos, cieno en que mis ganados quedaban atascados, y donde murieron muchas reses, debido a que el cieno no presentaba consistencia alguna, mientras no se verificaba la evaporación del agua contenido en él.

"Sexto. Con el fin de evitar que continuara la pérdida de mi ganado con la muerte de ellos en el cieno, saqué el ganado de los potreros míos antes citados, donde se encontraban, y los llevé a potreros ajenos, pagando pastaje; como las cercas de alambre de esa parte de mis potreros fueron destruídas con motivo del corte realizado, me vi en el caso de hacer una cerca de alambre para defender mi predio, que me causó gastos.

"Séptimo. Con motivo de la obstrucción de la salida de las aguas del Dique viejo en Dique nuevo, el cauce de aquél se irá cubriendo en todo lo largo de la colindancia de mi predio con los vecinos predios de propietarios distintos, y quedará facilitado el paso de mis ganados para los predios vecinos y el de los dueños de esos predios para el mío, lo que vendrá a constituír un daño positivo para mí entre poco tiempo; pues los ganados ajenos causarán daños en mi predio y los míos en los predios ajenos, perjuicios de los que tendré que responder. Por ese motivo, y con el fin de evitar la penetración de los ganados en unos y otros predios, me veo en el caso de construír una cerca fuerte de alambres de púas a todo lo largo de lo que formaba la antigua orilla del canal del Dique viejo, con el fin de separar mi predio del de los vecinos colindantes, cerca esa que me causará gastos no despreciables.

"Octavo. Otros cortes han sido verificados en las orillas del Dique con anterioridad al corte a que hace referencia el punto cuarto de esta demanda, y la tierra que se sacó con motivo a ellos, fue colocada en las riberas correspondientes a predios de mis colindantes, quedando de ese modo defendidos esos predios de las inundaciones o crecientes del Dique, y causando el demérito

positivo de mi predio, por cuanto se hizo más fácil la penetración de las aguas en él y del cieno que ellas arrastraban; todo lo cual redunda en positivo perjuicio también, que tengo derecho a reclamar.

"Noveno. Habiendo sido inutilizado mi potrero por razón de la gran cantidad de cieno que ha venido penetrando en él, me causó también los perjuicios consiguientes, o sean recogida y movilización del ganado para llevarlo a los pastos que tuve que arrendar; recogida y movilización de esos mismos ganados para su regreso a mi predio; desbande del ganado en esas movilizaciones y pérdidas de algunas reses en esos desbandes; valor del arriendo en tres meses de una hacienda de pastos en la que, por las malas condiciones de éstos, el ganado enflaqueció, se llenó de garrapatas y murieron quince reses.

"Décimo. La invasión de mi predio por el cieno causó la muerte de veintiún novillos; la pérdida de pastos en gran parte de extensión, pastos de que se servían mis ganados para su sustento, y todos los demás perjuicios que antes he anotado, cuya fuente y origen se encuentra en la tapada de las bocas del Dique viejo en su desembocadura con el Dique nuevo, que impidió la salida de las aguas, y que tuvieron que extenderse sobre mi predio, que carecía de defensa alguna.

"Undécimo. Recientemente, y con posterioridad a los hechos anotados, se ha comenzado a cortar con la draga en el kilómetro veintisiete (27) del Dique, que recorre la colindancia de mi potrero **Las Mestizas** con el Dique, cuyo corte lleva un ancho de tres metros por ciento de largo, poco más o menos, absorbiéndose, por lo tanto, una extensión superficiaria de trescientos metros, poco más o menos, de mi predio citado, lo que también constituye un perjuicio positivo y una mutilación de mi propiedad. Además del corte de los terrenos de mi dicho predio en esa parte, se viene cortando las maderas existentes en él para proporcionar combustible a la caldera de la draga, lo que constituye también un perjuicio y una violación de mi derecho de propietario.

'Duodécimo. Todos los actos anotados en los puntos anteriores y que originan los perjuicios particularizados, han sido realizados por los empleados de la Nación en la obra de la canalización del Dique, con la anuencia y consentimiento del señor Interventor de esa canalización y, por lo tanto, esos actos obligan a la Nación, por ser esos empleados representantes suyos en esa obra."

Fueron razones de derecho las que el actor adujo de los artículos 2341, 2342, 2343, inciso 1º y demás relacionados y pertinentes del Código Civil, así como todas las disposiciones aplicables a las responsabilidades de las entidades públicas en los actos de sus representantes, que engendran obligaciones civiles de pago de perjuicios.

Admitida la demanda, y corrido traslado de ella al señor Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena, este funcionario se opuso a las peticiones formuladas; negó los hechos fundamentales de la acción, y concluyó pidiendo que la Nación fuera absuelta.

Establecidos de esta manera los elementos de la controversia, abierto a pruebas el juicio, sin que ninguna de las partes hiciera uso del derecho correspondiente, así como tampoco el actor presentó su alegato de conclusión, previa la citación respectiva, el Tribunal, con fecha veintisiete de febrero de mil novecientos treinta, falló en primera instancia, absolviendo a la Nación de todos los cargos que le aparecen formulados en la demanda.

Y como el actor no se conformó con esta decisión, apeló para ante la Corte, recurso éste que le fue concedido, y que elevó los autos a este Despacho, donde, legalmente tramitada la segunda instancia, mediante nueva dilación probatoria, durante la cual el actor solicitó y obtuvo las demostraciones que estimó adecuadas a su intento, porque no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado y que previamente debe declararse, se procede a determinar la situación jurídica de las partes en orden a la acción instaurada, a los hechos generadores de la misma y a las pruebas que los sustentan, previas las consideraciones que siguen:

Primera. Con las escrituras públicas registradas que en los autos figuran, demuestra el actor su dominio sobre los terrenos donde se dice la Nación, mediante los trabajos de canalización del Dique, le causa los perjuicios que demanda.

Segunda. Para demostrar la existencia y cuantía de estos perjuicios, el actor ha presentado los siguientes documentos:

a) Certificado del Ministro de Obras Públicas, según el cual consta que el señor Rafael Arrázola ejerció el cargo de Interventor del Dique de Cartagena, el veintisiete de julio de mil novecientos veintiocho, así como también ejerció el mismo cargo el señor Miguel A. Varela, el quince de febrero de mil novecientos veintinueve, con carácter transitorio; que el proyecto de contrato suscrito entre la Interventoría del Dique y el señor Jerónimo Martínez, con fecha quince de febrero de mil novecientos veintinueve, no fue aprobado por ese Ministerio; y que en el Ministerio no aparece constancia de que se haya pagado al señor Jerónimo Martínez suma alguna por concepto de perjuicios a que se refiere el proyecto de contrato que acaba de mencionarse; pero se ha pedido información concreta sobre el particular a la Interventoría del Dique que es donde debe existir el dato, el que una vez recibido se comunicará a la Corte.

b) Copia de la copia del acta de la inspección verificada en el terreno del señor Martínez A., para avaluar los daños y perjuicios ocasionados por los trabajos de canalización del Dique de Cartagena, acta que aparece firmada por P. R. Maal S.

c) Copia de la relación del avalúo que hace el perito Fidel del Castillo C., nombrado por el señor don Jerónimo Martínez A. para el reconocimiento y avalúo de los daños y perjuicios que en su hacienda denominada **El Dique** le han ocasionado los trabajos de la draga en la canalización del Dique de Cartagena.

d) Copia del dictamen pericial sobre avalúo de los mismos daños, emitido por el perito tercero presbítero Pedro N. Donoso.

e) Copia de las declaraciones rendidas extrajuicio y a petición del señor Martínez A., y ante los señores Jueces Municipal de Soplaviento y 1º del Circuito de Cartagena, por los testigos Arturo Jaramillo, Fidel Castillo e Ismael Devós, quienes declaran sobre la existencia y naturaleza de los perjuicios demandados por el señor Martínez; y

f) Copia de un contrato celebrado entre el señor Miguel Antonio Varela, en su carácter de Ingeniero Interventor de los trabajos del Dique de Cartagena, autorizado por el señor Ministro de Obras Públicas, y el señor Jerónimo Martínez A., en su propio nombre, según el cual contrato el Gobierno se compromete a pagar a Martínez, quien lo acepta como valor único, justo y total de los perjuicios y daños que allí se enumeran, la suma de dos mil setecientos setenta y cinco pesos sesenta y seis centavos ($ 2,775-66), quedando Martínez, después de recibida la expresada cantidad de dinero, completamente

indemnizado y sin derecho a reclamación ulterior de ninguna clase, con motivo o por causa o efecto de los perjuicois y daños a que se refiere el presente contrato; contrato que no tuvo efecto por falta de la aprobación del Ministerio de Obras Públicas que en él se estipuló, y según aparece del certificado del Ministro, relacionado en el punto a), arriba expuesto.

Ahora bien: para fijar el concepto acerca de la eficacia de estas pruebas en orden al intento del actor, se hace preciso tener en cuenta las siguientes observaciones: lo que determina la mayor fuerza de convicción de un medio de prueba es el carácter de controvertido que pueda tener, de manera que su producción esté sujeta al ataque del contrario, y que la igualdad jurídica sobre el particular sea perfecta. Para realizar este objetivo, nuestro Código Judicial, en su artículo 545, estatuye de modo general que "las pruebas han de practicarse ante el Juez de la causa y con citación de la parte contraria....." En el presente caso ocurre que las pruebas pedidas por el actor para demostrar la existencia y la cuantía de los perjuicios demandados y consistentes ellas en declaraciones de testigos y conceptos periciales, no aparecen practicadas ante el Juez de la causa, esto es, ante esta Sala de la Corte, quien si bien las decretó con citación de la parte contraria, lo hizo en la forma en que fueron pedidas, es decir, como copias de actuaciones administrativas realizadas ante funcionarios no judiciales, lo que demuestra que las tales pruebas no han sido practicadas por quien tenía jurisdicción para hacerlo, de acuerdo con la disposición del artículo 545 del Código Judicial.

Contribuyen a confirmar esta tesis las disposiciones de los artículos 615, 616 y 617 del mismo Código, los cuales, refiriéndose a la prueba de testigos, dicen:

"Artículo 615. Para que las declaraciones de los testigos puedan estimarse como pruebas en los juicios ordinarios, es necesario que se reciban o ratifiquen por el Juez de la causa en el término probatorio y con citación previa de la parte contraria, salvo los casos del artículo 519.

"Artículo 616. Cuando en los mismos juicios se presenten informaciones de testigos levantadas ante otro Juez o para otro negocio, será preciso que en el término de la prueba y a petición del interesado, se ratifiquen con citación de la parte contraria, sin cuyo requisito no pueden ser estimadas como prueba al dictarse la sentencia.

"Artículo 617. Cuando después de haberse hecho uso de una información sumaria se siguiere juicio en el cual hay término probatorio, los testigos serán ratificados con citación de la parte contraria, sin cuyo requisito no serán estimados los dichos de tales testigos como prueba en la sentencia definitiva."

Además, en lo relativo al dictamen pericial, para que éste sea apreciado por el Juez sentenciador, debe obtenerse mediante las formalidades prescritas en el capítulo VI, Título II, del Libro II, del Código Judicial, formalidades que dicen relación al nombramiento de los peritos, al juramento que ligue su conciencia en la investigación de la verdad, a la manera como deben rendir su dictamen, al derecho que tienen las partes para tachar los nombramientos hechos y para controvertir el dictamen por oscuridad o insuficiencia, etc., etc.; formalidades que en el presente caso se han omitido y que hacen ineficaz la prueba que por este medio pretendió suministrarse, desde luégo que a los autos y sin ninguna intervención del Juez ni de la parte contraria se trajeron, y en copia, las exposiciones de peritos, rendidas fuera de juicio, ante funcionarios administrativos, sin previo juramento, y sin que su misión hubiera sido autorizada por el Juez del conocimiento, y sin que la contraparte hubiera intervenido para ejercitar su derecho a contradecir el dictamen en las circunstancias en que la ley lo reconoce.

Todo lo expuesto obliga a concluír que el actor no ha comprobado ni la existencia de los perjuicios, ni mucho menos su cuantía, y por ello la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia absolutoria de que se ha hecho mérito. Sin costas, por fundarse este fallo en razones distintas a las aducidas en el de primera instancia.

Cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de donde procede.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Luis F. Rosales—Enrique A Becerra—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en libelo de fecha diez y ocho de abril de mil novecientos veintiocho, el señor Julio S. Cabarcas, en su carácter de apoderado judicial de Vicente Gallo, pidió que, con citación y audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público, se condene a la Nación a devolver a Gallo, dentro del término que fije la sentencia, la suma de mil ochenta y un pesos con trece centavos, que indebidamente, dice, pagó en la Administración de la Aduana de ese puerto, con fundamento en una glosa de la Contraloría General de la República, más los intereses corrientes sobre esa suma desde el día ocho de marzo del año citado, hasta cuando se verifique el pago.

Como hechos generadores de su acción presentó, en síntesis, estos: que el diez y siete de agosto de mil novecientos veinticinco, el vapor **Caffaro** trajo para el señor Gallo los bultos de mercancías determinados y señalados en el manifiesto número seis, registro número 87, que fue presentado el diez y nueve de agosto del mismo año para su liquidación, la que dio un total de dos mil novecientos diez y ocho pesos con cinco centavos ($ 2,918-05), que fue pagada en la Oficina de caja respectiva, el primero de octubre de mil novecientos veinticinco; que posteriormente, y cuando ya el señor Gallo había dispuesto de su mercancía, el Contralor General de la República glosó aquella liquidación, ordenando pasarle una cuenta adicional de mil ochenta y un pesos con trece centavos ($ 1,081-13), descompuesta así: novecientos catorce pesos con ochenta y un centavos, por errores de liquidación, y ciento sesenta y seis pesos, por intereses; cuenta ésta que después de alguna renuencia de parte del comerciante Gallo, fue pagada, para evitar se llevara a cabo la orden dada por el Administrador de la Aduana a sus subalternos de retener la carga que introdujera Gallo; pago que realizó el ocho de marzo de mil novecientos veintiocho.

Citó como fundamentos de derecho las disposiciones de los artículos 87 de la Ley 85 de 1915 y 19 de la Ley 59

de 1917, y las de los artículos 2313 y 2321 del Código Judicial (sic).

Admitida la demanda y corrido traslado al señor Fiscal del Tribunal, este funcionario la contestó admitiendo los hechos principales, negó algunos incidentales, y acerca del hecho séptimo, dijo:

"Este hecho lo acepto en parte, y en parte lo niego. Me explico: niego lo primero, porque, como ya dije al contestar el punto anterior, no hay constancia alguna en los autos de haber sido retenida militarmente la carga introducida por el señor Gallo; consta por los documentos presentados con el libelo, que la cuenta adicional le fue pasada al señor Gallo el día diez y ocho de septiembre de mil novecientos veintiséis, y la satisfizo el día ocho de marzo del año en curso, es decir, un año y siete meses después; esto indica que no ha habido la retención a que se alude, y demuestra la legalidad del cobro de los intereses por mora, autorizados por el artículo 9º de la Ley 68 de 1923. Niego el derecho invocado por el actor, ya que no creo que tenga ninguno para demandar a la Nación. Por lo tanto, estimo que las disposiciones de derecho en que se funda no son pertinentes al caso."

Determinados así los elementos de la controversia, y seguido el juicio por los trámites que le son propios, con la respectiva dilación probatoria, de la cual no hizo uso ninguna de las partes, previos los traslados para alegar, y mediante la respectiva citación para sentencia, el Tribunal dictó la de primera instancia, absolviendo a la Nación de los cargos que le aparecen formulados, y con fecha veinte de julio de mil novecientos veintinueve.

Como el interesado interpuso recurso de apelación, que le fue concedido, subieron los autos a este Despacho, en donde debidamente tramitada la instancia, con nueva vocación a pruebas que el actor utilizó para allegar todas las que estimó adecuadas a sus pretensiones; recibidos los alegatos, por cuanto no se observa en la actuación causal alguna de nulidad que la invalide y que previamente deba declararse, se pasa a determinar la eficacia del derecho alegado en orden a los hechos que lo generan, a las pruebas que los demuestran y a las disposiciones legales que puedan reconocerlo.

Asegura la parte del actor que las disposiciones de los artículos 88 de la Ley 85 de 1915 y 19 de la Ley 59 de 1917, no son aplicables al caso del señor Gallo, entre otras razones, porque según el artículo 80 de la Ley 42 de 1923, la Contraloría debe estudiar, observar o fenecer las cuentas de los responsables del Erario, en un término que no excederá de noventa días; que está probado que la cuenta de la Administración de la Aduana de Cartagena fue recibida en la Contraloría el veinticuatro de noviembre de mil novecientos veinticinco, y la observación fue formulada el seis de julio de mil novecientos veintiséis, y que por consiguiente, el cobro adicional fue indebido, puesto que se fundó en observaciones de la Contraloría, hechas fuera del término que el artículo 80 citado fija. Que "tan cierto es esto—continúa el actor—que el artículo 8º de la Ley 103 de 1928, que en rigor jurídico es una disposición **interpretativa** del artículo 80 de la Ley 42 de 1923, establece que 'el Contralor sólo podrá modificar las liquidaciones de las aduanas y ordenar, por este concepto, devoluciones o reintegros, dentro del término que señala el artículo 80 de la Ley 42 de 1923, para la observación o fenecimiento de cuentas.'"

Ahora bien: de las disposiciones de los artículos 88 de la Ley 85 de 1915, reformado expresamente por la del artículo 8º de la Ley 103 de 1928, sólo en lo relativo al término dentro del cual puede el Contralor General de la República modificar las liquidaciones de las aduanas, y ordenar, por este concepto, devoluciones o reintegros; y de la disposición del artículo 19 de la Ley 59 de 1917 y de la del artículo 11 de la Ley 113 de 1919, se concluye que el legislador contempla dos casos en los cuales los administradores de las aduanas deben pasar cuentas adicionales a los importadores de mercancías extranjeras, para corregir los errores en que hubieren incurrido al formular las cuentas por el impuesto respectivo, a saber:

a) Antes de rendir la cuenta mensual correspondiente a la entidad encargada de examinarla; y

b) Cuando tal entidad encargada de examinar dichas cuentas se lo ordene, al fenecerles la cuenta mensual provisionalmente, y por haber observado errores en contra del Estado o de los comerciantes importadores.

En la reclamación de devolución de que aquí se trata, el cobro se hizo a virtud de liquidación hecha por la Contraloría y por errores observados al examinar la cuenta mensual del empleado responsable, correspondiente al mes de septiembre de mil novecientos veinticinco, y según el aviso oficial número 525, de fecha seis de julio de mil novecientos veintiséis. Se trata, pues, del segundo caso, en que según jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema, hay derecho para hacer el cobro por la diferencia en que se ha incurrido en contra de los intereses del Estado. Y como la base principal para desconocer este derecho, según el actor, estriba en la disposición del artículo 80 de la Ley 42 de 1923, que fija término dentro del cual debe la Contraloría verificar el examen de las cuentas, esto es, dentro de noventa días; es preciso advertir que esta disposición en manera alguna desconoce el derecho del Estado, porque la observación de los errores no se hubiera hecho dentro del término para examinar la cuenta del responsable, sino que impone solamente la obligación de realizar dicho examen dentro del tiempo allí indicado, sin otra consecuencia que la responsabilidad consiguiente en el caso de que se incurra en mora en el cumplimiento de esta obligación legal.

Y aunque se arguya que el artículo 8º de la Ley 103 de 1928 es interpretativo de aquella disposición, debe observarse que dicho artículo modifica en sus consecuencias jurídicas lo dispuesto por el artículo 88 de la Ley 85 de 1915, porque limita el derecho que esta última disposición consagra, haciendo depender de la oportunidad en que el examen de las cuentas debe hacerse; y por esto debe considerarse que esa disposición, antes que interpretativa, es reformatoria, y como posterior que es al hecho de que aquí se trata, es inaplicable, por carecer de efecto retroactivo sobre él.

Y por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia absolutoria de que se ha hecho mérito, sin costas, por fundarse este fallo en razones distintas de las que tuvo en cuenta el sentenciador de primera instancia.

Cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de donde procede.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En libelo de fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos veinticuatro, dirigido a los señores Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, el señor doctor don Félix Uribe Arango, en ejercicio del mandato conferido por la Compañía Colombiana de Tabaco, sociedad anónima, domiciliada en Medellín, demandó al Departamento de Cundinamarca para que, previos los trámites del respectivo juicio ordinario, con audiencia del representante legal de tal entidad, se hicieran en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el Departamento de Cundinamarca debe pagar o devolver, dentro del término que fije la sentencia, a la Compañía Colombiana de Tabaco, la suma de diez y ocho mil ochocientos cincuenta pesos con sesenta centavos ($ 18,850-60) moneda corriente, cantidad a que asciende el valor total de las sumas pagadas por la expresada Compañía o sus agentes, como contribución o impuesto legal sobre distintas cantidades de tabaco exportado de Cundinamarca a otros Departamentos.

"Segunda. Que el Departamento de Cundinamarca debe pagar a la Compañía Colombiana de Tabaco los intereses legales de la suma a que se refiere la declaración anterior, desde que ellos se hicieron exigibles hasta el día en que se verifique el pago."

Como hechos fundamentales de su acción, el apoderado presentó éstos:

"Primero. La Compañía Colombiana de Tabaco, desde el mes de septiembre de mil novecientos diez y siete hasta la fecha, ha venido exportando para otros Departamentos diferentes cantidades de tabaco elaborado o en rama, por el cual ha pagado en Cundinamarca, a la entidad facultada por este Departamento para el cobro, los derechos correspondientes al impuesto establecido sobre el mismo tabaco.

"Segundo. La mencionada entidad, facultada por el Departamento para el cobro de los referidos derechos, o sea la Sociedad de Rentas de Cundinamarca, primero, y ahora la nueva Compañía Rematadora de las Rentas, ha expedido a la Compañía Colombiana de Tabaco o a los agentes de ésta certificados en los cuales consta el pago de tales derechos y las cantidades de tabaco exportadas.

"Tercero. Estos certificados o tornaguías llevan, además, la constancia de que por el tabaco a que ellas se refieren se pagó de nuevo en los Departamentos a donde fue exportado, el impuesto de consumo correspondiente.

"Cuarto. Respecto de algunas cantidades de tabaco que no aparece en las tornaguías que se hubiera pagado impuesto en el lugar del consumo, existe la constancia o se traerá a los autos, de que en el Departamento en donde fueron consumidas no existe gravamen alguno.

"Quinto. Estas tornaguías son las que paso a enumerar a continuación, por las cantidades, fechas, sumas y demás condiciones que ellas expresan, a saber:"

Menciona en seguida las cantidades parciales con expresión de sus fechas, números de las guías, peso en kilogramos, nombres de los destinatarios, lugar del consumo, hasta formar el total de la cantidad de diez y ocho mil ochocientos cincuenta pesos sesenta centavos, que demanda.

"Sexto. Estas tornaguías han sido presentadas para su cobro a la Gobernación de Cundinamarca por la Compañía Colombiana de Tabaco, pero la Gobernación se ha limitado, en vista de ellas, a expedir nuevos certificados, en los cuales ha dejado constancia de aquella presentación.

"Séptimo. A pesar de las repetidas instancias de cobro hechas a la Gobernación de Cundinamarca por la Compañía Colombiana de Tabaco, aquélla se ha negado al pago o devolución de los referidos derechos, afirmando que es a un tercero a quien corresponde tal obligación.

"Octavo. Ese tercero, la antigua Sociedad de Rentas, alega, a su turno—y a mi modo de ver con razón—que una obligación tan onerosa no puede resultarle sino de una estipulación expresa que no aparece en el contrato celebrado por ella."

Como fundamentos de derecho expresó los siguientes:

"La Ley 33 de 1916, en su artículo 4º, prohibió a los Departamentos gravar con impuesto alguno la extracción de cualquier clase de bienes muebles o semovientes, destinados al exterior o a cualquier lugar de la República, y estableció que —inciso 2º:—'cuando el artículo que se extrae de un Departamento haya pagado derechos de consumo, serán devueltos al interesado, mediante la comprobación de la extracción.'

"El artículo 1º de la Ley 14 de 1917 reformó, o mejor, adicionó la disposición citada anteriormente, así:

'Cuando el artículo que se extrae de un Departamento haya pagado derechos de consumo, serán devueltos al interesado, mediante la comprobación de la extracción y del pago de los respectivos derechos de consumo en el Departamento a que va destinado el artículo en referencia.'

"¿A cargo de quién, pues, estableció la ley la obligación de devolver aquellos derechos? Claro es que a cargo de los mismos Departamentos, puesto que éstos son los que se benefician y perciben el impuesto. (Ley 10 de 1909).

"La misma Gobernación de Cundinamarca lo ha reconocido así al reglamentar, como ha pretendido hacerlo, la devolución de esos derechos, aunque en ocasiones por medio de disposiciones arbitrarias y absurdas. (Decreto número 305 de 1916 y Decreto número 166 de 1917).

"Siendo esto así, la existencia de cualquier convenio no autorizado ni consentido por el interesado, ni menos el simple mandato de la entidad obligada al pago, echando sobre otro la carga de aquella obligación (artículo 1º del Decreto 166 citado), pueden eximir al Departamento del cumplimiento del mandato legal que ordena la devolución.

"Tanto más que cuando celebró el Departamento de Cundinamarca el contrato con la Sociedad de Rentas, aún no existía ni estaba en vigencia la Ley 33 de 1916, primera que ordenó la expresada devolución.

"Finalmente, invoco, como fundamento en derecho de la presente demanda, cualesquiera disposiciones civiles o procedimentales que se estimen pertinentes."

A esta demanda agregó el interesado los documentos que juzgó aparentes a demostrar tanto los hechos como el derecho, la que, admitida, y dada en traslado al señor Fiscal del Tribunal, fue contestada por este funcionario, negando el derecho a la acción, aceptando como cierto el hecho segundo, en cuanto a algunos certificados y a las

constancias a que en ellos se hace relación y a que se refiere este hecho, "pero no en cuanto a todos los certificados que allí se indican"; negó los otros hechos aducidos, y concluyó que los tales "carecen de la exactitud correspondiente, comoquiera que no está demostrado el hecho de no haberse consumido en los distintos puntos o Departamentos a donde fue destinado el tabaco a que se refieren los documentos que obran en el expediente."

Abierto a pruebas el juicio, y traídas las que el actor solicitó oportunamente como propicias a su intento; recibidos los correspondientes alegatos de conclusión, y previa la citación respectiva, el Tribunal dictó sentencia con fecha treinta de abril de mil novecientos veintinueve, en la que "absuelve al demandado de los cargos de la demanda."

Interpuesto recurso de apelación contra este fallo por el apoderado de entonces, doctor Rubén Jaramillo Arango, admitido que fue, subieron los autos a esta Sala de la Corte, donde, debidamente tramitada la segunda instancia con nueva dilación probatoria y con la recepción de las pruebas que la parte actora tuvo a bien aducir, hoy, ya concluída la tramitación correspondiente, se procede a determinar la eficacia del derecho alegado, de sus fundamentos de hecho y de derecho, ya que no se advierte en el procedimiento ninguna causal de nulidad que lo invalide y que oportunamente deba declararse.

El Tribunal sentenciador en la primera instancia, para fundar su fallo, hizo los siguientes comentarios:

"La Ley 10 de 1909 cedió a los Departamentos la renta de tabaco, y les dio a tales entidades la facultad de organizar en su provecho tal renta, sin otra restricción que la de no establecer el monopolio.

"Cundinamarca hizo uso de aquella facultad legal en mil novecientos doce, por medio de la Ordenanza número 18 de aquel año, la que fue modificada más tarde por las Ordenanzas números 36 y 38 de 1913 y 1916, respectivamente. El Decreto número 305 de 1916, reglamentó la Ordenanza 38 de ese mismo año. Posteriores a todas estas disposiciones están la Ley 33 de 1916 y la Ley 14 de 1917.

"Debe, pues, estudiarse detenidamente el contenido de todas estas disposiciones legales, que se refieren a la implantación del impuesto de tabaco en el Departamento de Cundinamarca, para deducir si son o nó fundadas las pretensiones del actor en relación con el derecho que reclama.

"El artículo 1º de la Ordenanza número 18 de 1912 dispuso:

'Establécese el impuesto sobre el consumo de tabaco en el Departamento de Cundinamarca. Entiéndese por consumo el expendio, enajenación o traspaso en cualquier forma que de este artículo se haga, dentro del territorio del Departamento; y el empleo de él como materia prima en la fabricación de cigarros.'

"El artículo 5º de la Ordenanza número 36 de 1913 dispuso:

'Los derechos de consumo se pagarán en el lugar donde se haga la primera enajenación.....'

"La Ordenanza número 38 de 1916 estableció que era completamente libre la producción de tabaco en el Departamento y su exportación en cualquier forma. El decreto reglamentario de esta Ordenanza, o sea el número 305 de aquel año, en su artículo 29 estableció:

'Entiéndese por consumo, para los efectos del cobro del impuesto, el expendio, enajenación o traspaso que se haga del tabaco, sea cual fuere la forma en que se encuentre.'

"En esta forma estaba reglamentado el impuesto de tabaco en Cundinamarca, cuando fue expedida la Ley 33 de 1916, que en su artículo 4º dispuso:

'Es prohibido a los Departamentos y a los Municipios gravar con impuesto alguno la extracción de cualquier clase de bienes muebles o semovientes, sea que se destinen al Exterior o a cualquier otro lugar de la República. Los Departamentos que tengan establecido el gravamen de que se trata, lo eliminarán a más tardar desde el primero de julio del año próximo venidero, y los Municipios desde el primero de enero del mismo año.'

'Cuando el artículo que se extrae de un Departamento haya pagado derechos de consumo, serán devueltos al interesado, mediante la comprobación de la extracción y el pago de los respectivos derechos de consumo en el Departamento a que va destinado el artículo en referencia.'

"Esta disposición fue adicionada por el artículo 1º de la Ley 14 de 1917, que dice:

'Cuando el artículo que se extrae de un Departamento haya pagado los derechos de consumo, serán devueltos al interesado, mediante la comprobación de la extracción y el pago de los respectivos derechos de consumo en el Departamento a que va destinado el artículo en referencia.'

"Al entrar en vigencia las anteriores disposiciones, el Departamento de Cundinamarca no administraba directamente la renta del impuesto de tabaco. Existían a la sazón los contratos celebrados por el Gobierno Departamental de veinticinco de septiembre de mil novecientos diez y seis, de veinticinco de noviembre del mismo año y de primero de mayo de mil novecientos diez y siete.

"De este estado de hecho se desprende que la primera cuestión que compete estudiar en el presente fallo, es la relativa a determinar si es el Departamento de Cundinamarca o la entidad que figuraba entonces como arrendataria, la persona obligada a la devolución ordenada por la Ley últimamente citada, suponiendo comprobado que el demandante tenga el derecho a aquella devolución.

"Por el primero de tales contratos, o sea el de veinticinco de septiembre de mil novecientos diez y seis, se estipuló entre las partes contratantes, que lo fueron el Departamento de Cundinamarca y Ricardo de Mendoza, lo siguiente, en relación con la renta de tabaco:

'El Gobierno del Departamento, en uso de la autorización que le confieren los artículos 41, 42 y 43 de la Ordenanza número 63 del corriente año, da, y Ricardo de Mendoza recibe en arrendamiento, las rentas de licores, degüello y tabaco del Departamento de Cundinamarca, por el término de dos años, que empezarán a contarse desde el día quince de octubre próximo, excepto la renta de tabaco, cuyo arrendamiento empieza a contarse el día cuatro de noviembre, en que principia a regir la Ordenanza 38 de 1916, sobre impuesto de consumo de tabaco, siempre que para entonces estén señaladas por entidad competente las penas que puedan imponerse a los defraudadores de esta renta, o el día que éntre en vigencia el acto que la señale. Cualquiera que sea esta fecha, el presente contrato termina para todas las tres rentas el quince de octubre de mil novecientos diez y ocho.

'El arrendatario se compromete también a administrar dicha renta de tabaco, a partir del cuatro de noviembre próximo hasta la fecha en que entren en vigencia las disposiciones penales respectivas.'

"En el contrato de veinticinco de noviembre de mil novecientos diez y seis, se acogieron las mismas cláusulas del contrato de veinticinco de septiembre anterior, relativas a la renta de tabaco.

"Pero en el contrato de primero de mayo de mil novecientos diez y siete, que fué celebrado entre el Secretario de Hacienda del Departamento y Ricardo de Mendoza, obrando ya como representante de la Sociedad de Rentas, se convino en lo siguiente, en relación con la renta de tabaco:

'Queda reconocido que el día veintidós de diciembre de mil novecientos diez y seis, en que comenzó a regir la Ley 71 (sic) del propio año, es la fecha inicial del arrendamiento de la renta de tabaco, conforme a lo previsto en la cláusula segunda de la escritura pública número 2057 ya citada.....'

"Según los contratos transcritos, aparece claramente constatado este hecho: que desde el cuatro de septiembre de mil novecientos diez y seis hasta el veintidós de diciembre del mismo año, el señor Ricardo de Mendoza, sustituído más tarde por la Sociedad de Rentas de Cundinamarca, estuvo manejando la renta de tabaco como simple Administrador del Departamento, y que de esa fecha en adelante tal Sociedad adquirió la calidad de arrendatario del Departamento en relación con dicha renta.

"Todas las tornaguías que aparecen en este expediente como pruebas de la suma que se demanda, demuestran el hecho de que ellas se refieren a pagos hechos por la entidad demandante cuando ya la Sociedad de Rentas de Cundinamarca tenía el carácter de arrendataria de la renta de tabaco; pues todas ellas se refieren a la época comprendida del veintisiete de septiembre de mil novecientos diez y siete en adelante, y por consiguiente, los pagos que la Compañía Colombiana de Tabaco hizo por razón del impuesto, cuya devolución hoy se reclama, se los hizo a la Sociedad de Rentas de Cundinamarca, en su calidad de arrendataria del Departamento.

"Cuando la Sociedad de Rentas recibía tales sumas, ya estaba en vigencia la Ley 33 de 1916, que principió a regir en diciembre de aquel año; pero la Compañía arrendataria continuó cobrando el impuesto por tabaco exportado a otros Departamentos, no obstante aquella prohibición legal, hasta que fué promulgada la Ley 14 de 1917, que ordenó categóricamente a los Departamentos la devolución de las sumas percibidas contra el primitivo mandato legal. Pero como tales sumas fueron recibidas por la Sociedad arrendataria, y la ley no ha dicho en parte alguna que el arrendatario sea representante del arrendador en sus reclamaciones con terceros, síguese que no hay vínculo jurídico entre el Departamento y los que cubrieron un impuesto indebido a la Sociedad de Rentas, del cual se aprovechó; vínculo que sólo existiría en el caso de que el arrendatario obrara en nombre y representación del arrendador, lo cual es inadmisible en el presente caso.

"El hecho de que mediante un contrato se hubiera autorizado a la Sociedad de Rentas para el cobro del impuesto de tabaco, a despecho de prohibiciones legales, en nada perjudica a los terceros que cubrieron el impuesto, porque es axiomático que **res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest.**

"Por consiguiente, no es el Departamento de Cundinamarca el obligado a la devolución materia de la acción intentada en este litigio, por no haber sido él ni a nombre de él que se recibió la suma reclamada por la entidad demandante."

La controversia, según lo que se ha visto, tiende a averiguar a quién corresponde la obligación de devolver los impuestos que, cobrados en el Departamento de Cundinamarca sobre tabaco, que luégo se consumió en otro, fueron nuevamente pagados en este último. Cree el actor que en este caso tal obligación radica en el Departamento de Cundinamarca y no en la Sociedad de Rentas que las cobró primero en su condición de arrendataria de aquél, porque tal obligación—dice—aparece impuesta por la ley a los Departamentos.

Ninguna de las partes discute sobre el contenido del contrato celebrado entre el Departamento y los recaudadores del impuesto, y ambas están de acuerdo en que en tal contrato nada se estipuló respecto a la devolución de los impuestos de que aquí se habla; así también el actor funda sus pretensiones en lo dispuesto por la Ley 33 de 1916, artículo 4º, adicionada por la disposición del artículo 1º de la 14 de 1917, que dice:

"Cuando el artículo que se extrae de un Departamento haya pagado derechos de consumo, serán devueltos al interesado, mediante la comprobación de la extracción y el pago de los respectivos derechos de consumo en el Departamento a que va destinado el artículo en referencia."

Ahora bien: así de las disposiciones legales que reglamentan el impuesto sobre el tabaco, como de las estipulaciones de los contratos sobre arrendamiento de la renta respectiva, se llega a la conclusión de que la materia sujeta al impuesto es el consumo del artículo, y la materia del arrendamiento es el impuesto sobre dicho consumo. De consiguiente, los derechos de los arrendatarios de la renta son los determinados en las cláusulas de los respectivos actos, y como en éstos se determinó de modo preciso que lo arrendado era el producto de la renta de consumo en el Departamento de Cundinamarca, tales arrendatarios o contratistas tienen vinculados sus derechos al producto de la renta sobre el consumo del tabaco dentro del territorio de este Departamento, sin que puedan extenderlo al consumo en otros; porque ni el Departamento de Cundinamarca podía disponer de las rentas de otros Departamentos, ni los contratistas podían hacer el recaudo en otras jurisdicciones administrativas distintas. De todo lo cual se concluye que en este caso los impuestos recibidos en Cundinamarca, y luégo pagados de nuevo en otros Departamentos, por haberse realizado en ellos verdaderamente el consumo público, y que según la ley deben devolverse, sólo son simples depósitos de garantía para el libre tránsito y para evitar mientras éste se ejercita, el fraude a las rentas de los Departamentos por donde el tabaco había de transitar.

Es evidente que en los contratos celebrados primero por el señor De Mendoza y el Departamento, y luégo por éste con la Sociedad de Rentas de Cundinamarca, nada se estipuló sobre la susodicha devolución. También lo es que sobre otras materias dudosas en la ejecución de tales contratos, sí se tuvo la precaución de estatuír entre las partes para determinar derechos de menos entidad que el que se discute; de manera que para interpretar el contrato en lo relativo a esta controversia, se hace pre-

ciso analizar sus propios términos en lo referente a los derechos y obligaciones que se generaron entre las partes.

Según la cláusula primera del contrato de fecha veinticinco de septiembre de mil novecientos diez y seis, que no aparece modificada por ninguno de los contratos posteriores, "el Gobierno del Departamento, en uso de la autorización que le confieren los artículos 41, 42 y 43 de la Ordenanza 63 del corriente año, da, y Ricardo de Mendoza recibe en arrendamiento las rentas de licores, degüello y tabaco del Departamento de Cundinamarca, por el término de dos años que empezarán a contarse el día quince de octubre próximo, excepto la renta de tabaco, cuyo arrendamiento empieza a contarse el día cuatro de noviembre, en que principia a regir la Ordenanza 38 de 1916, 'sobre impuesto de consumo del tabaco,' siempre que para entonces estén señaladas por entidad competente las penas que puedan imponerse a los defraudadores de esta renta, o el día en que éntre en vigencia el acto que las señale. Cualquiera que sea esta fecha, el presente contrato de arrendamiento termina para todas las tres rentas el quince de octubre de mil novecientos diez y ocho."

Como canon de arrendamiento de la renta de tabaco se estipuló la cantidad de noventa mil pesos anuales, pagables mediante consignación en la Administración Principal de Hacienda, por mensualidades anticipadas y por cuotas proporcionales al total del precio anual del arrendamiento de cada una, o sea por duodécimas partes, dentro de los diez primeros días de cada mes, según se lee en la cláusula segunda.

Ahora bien: como ya se expresó y como lo reza el contrato, lo que el Departamento dio en arrendamiento y lo que los rematadores recibieron en idéntica condición jurídica fue la renta de tabaco; esto es, el derecho de percibir el valor del impuesto sobre el consumo de este artículo; y como según la ley, el impuesto únicamente podía cobrarse en el lugar en que este acto se verificara, hay que concluír, como ya se expresó también, que los impuestos que debían devolverse, ni el Departamento pudo arrendarlos ni los contratistas percibirlos en este carácter; pues en tratándose de tabaco en calidad de tránsito, el impuesto sólo representaba una garantía, mientras se demostraba el pago, por obra del consumo, fuera del Departamento de Cundinamarca. Y por esto la devolución que hoy se demanda, teniendo como obligado al Departamento, carece de causa, porque el canon del arrendamiento concedido a los rematadores, únicamente se refirió a lo que constituía la renta, esto es, al impuesto de consumo dentro del territorio del Departamento de Cundinamarca, y no a lo que los arrendatarios percibieran en calidad de depósito; y porque ese mismo canon se fijó sin lugar a deducciones, y cuando fue preciso hacerlas, las partes se pusieron de acuerdo y las determinaron a su satisfacción. No existiendo, pues, estipulación sobre este particular, y conocidas perfectamente la naturaleza y condiciones de la cosa arrendada, así como su extensión; no existiendo ningún derecho conferido por el Departamento a los arrendatarios sobre los impuestos a que la demanda se refiere, hay que concluír que el Departamento no está obligado a responder de ellos, devolviéndolos a las personas a quienes les fueron cobrados, no con el carácter de tales, sino por concepto de garantía en favor de quienes ejercían la atribución de percibir los impuestos como cosa propia, en virtud del contrato celebrado con la entidad departamental.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia absolutoria que ha sido materia del recurso. Sin costas, por fundarse este fallo en razones distintas de las expuestas por el Juez de la primera instancia.

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

JULIO LUZARDO FORTOUL—Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

En el juicio ordinario promovido por Cipriano Rodríguez L. contra el Departamento de Antioquia, sobre cumplimiento de un contrato e indemnización de perjuicios, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dictó la sentencia siguiente, con fecha veinticinco de mayo de mil novecientos veintinueve:

"Tribunal Superior—Sala de Decisión—Medellín, mayo veinticinco de mil novecientos veintinueve.

"Vistos:

"Por medio de la escritura pública distinguida con el número 431, de dos de marzo de mil novecientos quince, signada por ante el Notario 1° de esta ciudad, se estipuló el contrato de compraventa de una faja de terreno de veinte metros de latitud por doscientos de longitud, situada en el paraje de Granizal, de este Distrito, y que hace parte de una finca compuesta de dos lotes. Como vendedores figuran los señores Francisco de P. y Alejandro Vásquez, y como comprador el Departamento de Antioquia.

"El precio de la venta se fijó en la cantidad de setenta pesos oro, siendo de cargo de la entidad compradora la correspondiente construcción de cercos.

"Se expresó allí que la venta se hace para la carretera que ha de construírse a Oriente, de conformidad con lo dispuesto por la Ordenanza número 7, de 28 de marzo de 1913.

"Como condición del contrato se dijo que el Departamento haría un nuevo acueducto cubierto, en la parte que lo atraviesa la carretera.

"Por la escritura número 458, de siete de mayo de mil novecientos quince, pasada por ante el Notario 2° de Medellín, los esposos Santos-Rendón y Clementina Escobar venden también al Departamento otra faja de terreno, sita en el mismo paraje, y comprendida por una extensión de 862 metros de longitud por 20 de latitud. Como precio de esta venta se convino en el de treinta mil pesos papel moneda. Igualmente se expresó que se vendía para la carretera de Oriente. De la misma manera se comprometió el Gobierno del Departamento a tapar el agua de las acequias que atraviesan la carretera, siendo de su cargo la construcción de cercos.

"El señor Cipriano Rodríguez compró a los expresados señores Vásquez y a los esposos Rendón-Escobar los lotes de terreno en donde se localizaron las fajas que expresan las escrituras prenombradas; esta compra se perfeccionó por medio de las escrituras números 2118 y 1410,

de octubre de mil novecientos diez y seis y junio de mil novecientos veintitrés, respectivamente, signadas por ante el Notario 1º de esta ciudad.

"El Departamento construyó el camino carreteable hasta el kilómetro 19; el trayecto que dio al servicio en los años de mil novecientos diez y ocho y mil novecientos diez y nueve, era suficiente y adecuado para el tránsito de peatones, de animales solos o con carga y de vehículos de toda clase de ruedas.

"Este carretero utilizó las fajas nombradas; y de él se sirvieron con éxito los vendedores para beneficio de sus fincas.

"Posteriormente, la Empresa denominada Tranvía de Oriente ocupó con rieles la banca de la carretera de Oriente. Esta ocupación fue consentida expresamente por el Departamento. Por tal hecho la carretera quedó completamente inutilizada para prestar los servicios inherentes a vías de su clase, pues hoy no permite el tránsito de vehículos de rueda, ni con animales, ni a pie.

"Debido a esta causa las fincas de los que vendieron las fajas han venido sufriendo un grave perjuicio, puesto que el servicio que presta el tranvía es deficiente e irregular, constituyendo, además, un peligro para el tránsito a bestia y aun a pie, toda vez que antes de construirse la carretera esas fincas disfrutaban de un camino propio que les prestaba un servicio constante y suficiente para un tránsito regular a esta ciudad.

"En presencia de tan difícil situación, don Cipriano Rodríguez obtuvo de sus vendedores, señores Vásquez y de los esposos Rendón-Escobar, por medio de las respectivas escrituras números 1283, de tres de mayo de mil novecientos veintisiete, y 1455, de diez y seis del mismo mes y año, de la Notaría 1ª de esta ciudad, la siguiente declaración:

'Que como el Departamento de Antioquia no cumplió las obligaciones que le imponen los contratos de las escrituras números 431 y 458 ya citadas, los comparecientes ceden al señor Cipriano Rodríguez L. el derecho para ejercitar contra el Departamento de Antioquia la acción resolutoria que contempla el artículo 1546 del Código Civil, en cuya virtud podrá demandar a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.'

"Antes de hacer uso de este derecho, el señor Rodríguez, en asocio de otros propietarios de fajas vendidas en el mismo paraje, elevó a la Junta Departamental de Caminos una solicitud, quejándose de los perjuicios que les causaba la ocupación de la carretera con el tranvía, y exigiendo se pusiera remedio adecuado para que la carretera prestara el servicio regular, de acuerdo con la naturaleza de la vía y con el querer de la Ordenanza número 7 de 1923.

"La Junta de Caminos, por medio de su Resolución de seis de octubre de mil novecientos veintiséis, reconoció el derecho de los peticionarios, y dispuso el ensanche de la carretera entre esta ciudad y el kilómetro 19, tan pronto como lo permitieran los fondos destinados a esa vía.

"Al mismo tiempo, y en el mismo acto, se ordenó a la Empresa del Tranvía que del kilómetro 19 en adelante dejase un espacio suficiente para garantizar el servicio de dos líneas de vehículos de rueda.

"Como transcurriera el tiempo, y el Departamento nada hiciera en beneficio de los solicitantes, éstos presentaron nuevo pedimento, que no tuvo contestación.

"Agotados los medios de conciliación empleados, el señor Cipriano Rodríguez, fundado en los hechos que se dejan narrados, por medio de su apoderado, doctor Alfonso Calle C., y en escrito de seis de julio de mil novecientos veintisiete, propuso ante este Tribunal demanda civil ordinaria contra el Departamento, representado por el Fiscal de esta corporación, para que, en sentencia definitiva, y previo el trámite propio del juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones:

'Primero. Que el Departamento de Antioquia está en la obligación de cumplir dentro del término legal o el que le fije el Tribunal, el contrato de que tratan las escrituras número 431, de dos de marzo de mil novecientos quince, y número 458, de veintisiete de marzo de mil novecientos quince, de las Notarías 1ª y 2ª de este Circuito.

'Segundo. Que el mismo Departamento de Antioquia se halla en la obligación de indemnizar a mi poderdante los perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento de los contratos de las escrituras número 231, de dos de marzo de mil novecientos quince, y número 458, de veintisiete de marzo de mil novecientos quince, de las Notarías 1ª y 2ª de este Circuito; perjuicios que se estiman en cuarenta mil pesos oro colombiano, y que al no aceptarse esta estimación, serán los que fijen por peritos, dentro de este mismo juicio; comprendiéndose en ellos el daño emergente y el lucro cesante.'

"Como fundamento de derecho citó los artículos 1446, 1602, 1603 y 1604 del Código Civil, y las Ordenanzas números 7 de 1913 y la 19 de 1923.

"La demanda fue admitida por auto de veintiséis de julio de mil novecientos veintisiete; corrido el traslado legal, le dio contestación el señor Fiscal en libelo de nueve de agosto siguiente. En tal pieza se remite a lo que expresan las escrituras que relacionan los hechos de la demanda; niega el hecho principal, de que las fajas vendidas fueran especialmente a la construcción de la carretera. Asiente algunos hechos, dice ser probables otros y niega los demás.

"En resumen, no conviene con las peticiones de la demanda; rechaza la estimación de perjuicios, y termina proponiendo las excepciones siguientes:

'La pérdida de la cosa que se debe; evento de la condición resolutoria; la que constituye todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió; y la de falta de personería del actor.'

"El juicio ha recibido su trámite propio. En el término de pruebas, sólo la parte actora hizo uso de este derecho; ambas alegaron de conclusión, y como se citó la sentencia, se pasa a estudiar el mérito de la acción.

"Tanto de lo atrás relacionado, como de las alegaciones de las partes contendoras, se llega fácilmente al conocimiento de que el punto principal de discusión a que se contrae este juicio, no es otro que el de la interpretación que ha de darse a las cláusulas que comportan el contrato de venta celebrado con el Departamento.

"Ambas partes han situado sus puntos de vista alrededor de las estipulaciones consignadas en las escrituras de venta.

"Las razones aducidas han sido cuidadosamente estudiadas por el Tribunal, y para llegar a la conclusión que ha de poner punto final al juicio en esta instancia, se estudiará el contrato referido en relación con el punto principal de discusión.

"Ante todo, conviene anticipar que la escritura número 431, por medio de la cual los señores Vásquez dicen vender al Departamento, no vino al proceso con los requisitos externos exigidos por la ley: carece del registro, y esta omisión impide que sea apreciada en su valor legal, si se atiende a lo dispuesto por el artículo 2673 del Código Civil.

"No obstante esta anomalía insubsanable, el presente fallo tomará en cuenta la escritura sólo por vía de estudio, en relación con el punto controvertido.

"La cesión de los derechos hecha a favor del actor, no fue notificada previamente al Departamento, como lo preceptúa el artículo 1961 del Código Civil, mas esta omisión no es causa que impida la producción de sus efectos contra el deudor, porque éste la ha aceptado por medio de la presente litis, de acuerdo con lo prevenido por el artículo 1962 de la misma obra.

"De su parte, sostiene el actor que en el contrato de venta se expresó una causal especial de resolución, que hace consistir en el hecho de haberse vendido las fajas con destinación a la carretera de Oriente, limitando por este modo, dice, el dominio adquirido por el Departamento.

"De las escrituras de venta hechas en favor del Departamento, no aparece determinación expresa que fije el empleo exclusivo del terreno adquirido para la carretera.

"De la expresión que allí se emplea 'vende para la carretera de Oriente,' y de las obligaciones impuestas a la entidad compradora, referentes a la construcción de cercos y acueductos, no puede deducirse rectamente la destinación especial que afirma la demanda.

"El contexto del contrato no da elemento alguno de convicción para deducir que el motivo principal de la venta, por parte de los vendedores, fue el de la construcción de los acueductos y no el precio acordado y otras consideraciones distintas.

"No se sabe si el precio fue reducido en atención a la utilidad futura que a los predios reportaría la construcción de la carretera.

"La enunciación empleada en el contrato, de que se vende para la carretera, no es suficiente a imponer al Departamento la obligación de construirla. Esta cláusula, que no es esencial, debe entenderse con referencia a la ordenanza que dispuso la apertura de esa vía.

"Aceptando esta interpretación, es necesario convenir que el Departamento no adquirió el terreno con limitación del dominio, y que bien puede destinarlo a uno u otro fin.

"No aparece de las escrituras ninguna cláusula expresa que autorice la resolución del contrato. De tal suerte que la compraventa ha de estimarse, para los efectos de este juicio, determinada dentro de las prescripciones generales que enmarcan este contrato en el Código Civil.

"Así cumplidas por las partes los requisitos propios en cuanto a la determinación de la cosa vendida y su precio, satisfecho éste y entregado el terreno, no se columbra ningún incumplimiento que dé razón para hacer alguna de las declaraciones a que se refiere el artículo 1546 del Código Civil.

"Las disposiciones del capítulo 9º, Título 23, Libro 4º, del Código Civil, precisan, en general, las obligaciones que son propias del comprador; su incumplimiento da campo para una de las acciones a que alude el artículo citado. Para que haya lugar a otro motivo de resolución, deben constar éstos de causas especiales convenidas entre las partes.

"En sentir de la Sala, se repite, el contrato no contiene ninguna estipulación fuera de las comunes al de compraventa, y por ello el Departamento bien pudo destinar esas fajas a otro uso, cumpliendo si lo referente a cercos y acueductos; acerca de este último punto no se ha presentado debate.

"A más de lo dicho, obsérvese que la lectura de la demanda da a entender que la venta tuvo como causa principal no el interés sino el general del Departamento, y por este único motivo se perfeccionó la venta en las más benéficas condiciones. (Véase el hecho tercero del libelo).

"No se ha comprobado suficientemente cuál de las dos vías consulta mejor el progreso del Departamento.

"Admitiéndose, en gracia de discusión, que sí se estipuló la destinación especial de las fajas para construcción de la carretera, tal circunstancia constituiría una obligación modal por parte de la entidad compradora.

"En tal evento, y según el precepto del artículo 1550 del Código Civil, su cumplimiento queda sujeto a la disposición del artículo 1546, de allí, y nó a las disposiciones que reglamentan las asignaciones testamentarias modales, en razón de que éstas tienen el carácter de disposiciones unilaterales, que no pueden invalidarse de manera expresa por el testador, de acuerdo con el artículo 1270 de la misma obra.

"No afecta, pues, la existencia de la obligación modal el hecho de no expresar el contrato cláusula resolutoria.

"Mas si es requisito esencial para reconocer su incumplimiento y hacer las declaraciones consecuenciales de que trata el artículo 1546 citado, la estipulación de un plazo expreso dentro del cual ha de cumplirse la obligación futura, quedando así sujeta a la prescripción del artículo 1608, en cuanto desconoce la mora del obligado, que no ha sido requerido judicialmente.

"A este respecto decidió la Corte Suprema de Justicia, en ocasión reciente, que cuando en un contrato se impone a alguno de los contratantes la obligación de ejecutar una obra material, sin haberse determinado el plazo dentro del cual ha debido cumplirse la obligación, siendo extraño a la naturaleza misma del contrato, no puede decirse que se incurre en error al decir que es necesaria reconvención judicial para constituir en mora de ejecutar la obra.

"La obligación modal en cuanto a la determinación del plazo en que deba cumplirse, está sujeta a lo dispuesto por el artículo 1152 del Código Civil, que a la letra dice:

'Si no se ha determinado suficientemente el tiempo en que ha de cumplirse el modo, podrá el Juez determinarlo.'

"Esta disposición, propia del tratado de las asignaciones testamentarias, ha de aplicarse por extensión a las obligaciones modales, por cuanto se haya comprendido en la excepción que trae la última parte del artículo 1550.

"En el caso de estudio no se estipuló plazo alguno para construir la carretera, ni existe ninguno tácito, ni ha precedido requerimiento judicial.

"El reconocimiento explícito que hizo el Departamento, por medio de la Junta de Caminos, no puede tenerse como requerimiento, puesto que, como lo ha resuelto repetidas veces el Tribunal, el requerimiento ha de ser judicial.

"En el supuesto contemplado de que el Departamento sí se comprometió a construír la carretera, la circunstancia de no haber prefijado plazo para ello, obligaría a la absolución temporal, reconociendo, al efecto, la excepción de petición antes de tiempo.

"El desconocimiento de la destinación especial de las fajas para la construcción de la carretera, impide este reconocimiento, y obliga la absolución de la entidad demandada.

"En mérito de lo dicho, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **absuelve** al Departamento de Antioquia de los cargos formulados en la demanda propuesta por el señor don Cipriano Rodríguez L.

"Sin costas.

"Notifíquese, cópiese y devuélvase.

"Mariano Sanín T.—David Córdoba M.—Ignacio Duque—Luis E. Berrío, Secretario."

Por apelación del apoderado del actor, vino el negocio a la Corte, en donde previa la tramitación del caso y visto que no existe causal de nulidad, se procede a resolver, mediante estas consideraciones:

El apoderado en la segunda instancia pidió que el juicio se abriera a pruebas, y presentó unas copias que en nada modifican el aspecto de la cuestión; y en el alegato de bien probado se limitó a repetir lo ya expuesto por el principal, terminando con la petición de que se revocara la sentencia apelada, y en su lugar se decretara lo que la demanda solicita en su parte petitoria.

Por su parte, el Procurador General de la Nación, tras algunos razonamientos, pide que se mantenga firme el fallo, porque para solicitar lo contrario, dice, sería preciso que el actor señalara la cláusula expresa que impone la destinación de las zonas vendidas. Para confirmar la sentencia transcrita la Corte estima suficientes los fundamentos en que ella se apoya, pero a mayor abundamiento agrega los siguientes:

El Departamento de Antioquia necesitaba construír una vía pública importante, que entonces se pensó podía ser una carretera; y como los demandantes tenían terreno adecuado y el deseo de que progresara Antioquia, a la vez que la esperanza de que mejoraran sus propiedades, no vacilaron en vender las zonas de que se trata. De ahí que en los respectivos contratos se empleara la forma "para la carretera que ha de construírse a Oriente," y "para la carretera de Oriente."

Esa forma no constituye jamás una **destinación especial** que tenga la fuerza de cláusula expresa constitutiva de condición resolutoria. La simple lectura de las escrituras de venta demuestran cuáles eran en realidad las obligaciones del comprador.

Si la entidad pública adquirió el pleno dominio de las zonas, puesto que los vendedores se lo transfirieron sin limitación alguna, sin reservarse nada, y si además el Departamento construyó la carretera de Oriente, no se ve cuál fue el derecho que cedieron dichos vendedores al actor Rodríguez, ni cuáles los fundamentos de la acción que éste ejercita.

El Departamento construyó la carretera a Oriente, que pudo tenerse en mira cuando compró las zonas, pero no se obligó, ni podía obligarse, dado su craácter de administrador de la cosa pública, de los intereses generales de los ciudadanos, a mantener eternamente esa carretera, sin poder emplearla, siquiera en parte, para un servicio de comunicaciones más rápido o más adecuado a su juicio.

Por lo dicho, y de acuerdo con el Procurador General de la Nación, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia materia de la apelación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre seis de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

Por resolución de fecha primero de mayo del presente año, el Tribunal Superior de Ibagué decretó, por el órgano de uno de sus Magistrados, el embargo y secuestro preventivo de varios bienes muebles e inmuebles, denunciados como de propiedad del señor Salvador Castro, por el señor Fiscal del expresado Tribunal.

Habiendo la parte agraviada solicitado en tiempo revocación de dicha providencia e interpuesto, en subsidio, el recurso de apelación, el Tribunal, por el mismo órgano del Magistrado que había decretado el embargo y secuestro preventivo, negó la revocación, y concedió el remedio subsidiario de alzada para ante la Sala Dual del mismo Tribunal.

De este último proveído, que lleva fecha veinticuatro de junio último, pidió reconsideración el personero del señor Castro, con el objeto de que se reformara en cuanto concedía la apelación para ante la Sala Dual del Tribunal, a fin de que dicho recurso fuera otorgado para ante la Corte Suprema. Dicha solicitud fue resuelta en auto de diez y siete de julio del año en curso, que negó la reforma pedida, y concedió, también para ante la Sala Dual del Tribunal, la apelación que subsidiariamente había interpuesto el referido personero.

El recurrente, no conforme con esta resolución, manifestó que interponía recurso de hecho, y al efecto solicitó oportunamente las copias de que trata el artículo 899 del Código Judicial, con las cuales ocurrió a la Corte dentro del término señalado en el artículo 900 de dicha obra.

Repartido el negocio en esta corporación, se señaló día y hora para audiencia, la cual no se efectuó por falta de asistencia de las partes, pero se recibió en cambio el alegato que en dicho día presentó el apoderado que la parte interesada constituyó para el recurso de hecho.

Estando agotados los trámites propios del caso, se procede a dictar la correspondiente decisión.

Por los antecedentes que se dejan relacionados, se ve que la interposición del recurso de hecho tiene por objeto que la apelación que el apoderado del señor Salvador Castro hizo valer contra la providencia que decretó el embargo y secuestro preventivo, se surta ante la Corte y no ante la Sala Dual del Tribunal, por estimar el apelante que las providencias de la naturaleza de aquélla son revisables por la Corte Suprema.

De conformidad con el artículo 905 del Código Judicial, lo primero que debe examinarse, tratándose de la admisión de un recurso de hecho, es si la providencia sobre que éste versa es apelable. Esta cuestión envuelve necesariamente la de si la indicada providencia es apelable

ante la entidad ante quien se ejercita el recurso de hecho, pues en caso de no ser ésta competente para conocer la dicha apelación, es indudable que no podrá otorgar el recurso de hecho.

Establece el artículo 8º de la Ley 169 de 1896, que todas las decisiones de los Tribunales Superiores contra las cuales haya lugar a recurso de casación o de apelación para ante la Corte Suprema, deberán ser proferidas en sala plural. Con arreglo a este texto, la Corte no puede revisar, en grado de apelación, la providencia sobre que versa el recurso de hecho, que es la de fecha primero de mayo, por la cual se decretó el embargo y secuestro preventivo, por no venir dicho proveído suscrito por la respectiva Sala de Decisión, sino por el Magistrado sustanciador.

No concurriendo en el estado actual del asunto uno de los requisitos necesarios para que el recurso de hecho pueda prosperar, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no admite el expresado recurso, y dispone que se archiven el pedimento y las copias con él presentadas.

Cópiese, notifíquese y publíquese en el órgano de la Corte.

JULIO LUZARDO FORTOUL—Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre nueve de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

Ante el Juez 1º del Circuito de Chinácota se adelantaba juicio criminal por bigamia contra José Estupiñán, a quien se puso en libertad mediante fianza de cárcel segura por la cantidad de doscientos pesos. El fiador, Justo Pastor Mora, suscribió la diligencia respectiva y en ella se obligó a presentar a Estupiñán cuando la autoridad se lo exigiese; pero como así no lo verificó, a pesar de requerimiento, el Juez mencionado lo declaró incurso en una multa igual a la suma indicada y comisionó para que la cobrase al Administrador de Hacienda Nacional de Cúcuta, quien pasó la comisión al Juzgado Nacional de Rentas de la misma ciudad.

Con fecha ocho de octubre de mil novecientos veintitrés, el Juez de Rentas dictó mandamiento ejecutivo contra el fiador Mora por la cantidad de que se trata, y en virtud de apelación interpuesta por éste, el asunto ha llegado a la Corte.

Como la diligencia de fianza y el requerimiento, que prestan mérito ejecutivo (artículo 14, Ley 83 de 1915), figuran en el expediente, sería el caso de confirmar sin reparos la providencia apelada; pero como también consta de autos que a petición verbal del señor Procurador General de la Nación, el Secretario de la Corte requirió al apelante Mora en la forma legal para que suministrara papel sellado suficiente para la actuación, sin que tal cosa se consiguiera, lo procedente es entender que Mora desiste del recurso que había intentado, según los artículos 34 y 35 de la Ley 40 de 1907.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, en vista de las disposiciones citadas y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que **Justo Pastor Mora** desistió de la apelación que había intentado contra el mandamiento ejecutivo dictado contra él, y que, por consiguiente, dicha providencia queda ejecutoriada.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre trece de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

El señor Carlos Peña, en su propio nombre y en demanda de fecha treinta de agosto de mil novecientos veintiocho, dirigida al Tribunal Superior de Bogotá, pidió que con intervención del respectivo Agente del Ministerio Público, se hicieran contra la Nación estas declaraciones:

"Primera. Que la Nación está obligada a pagarme, dentro del término que le fije la sentencia, el valor del seguro a que tengo derecho como empleado público que fui durante varios años, cargo que ya no desempeño sin culpa mía.

"Segunda. Que la misma Nación tiene obligación de pagarme el valor de la indemnización a que tengo derecho por razón de los accidentes de trabajo de que fui víctima, sin culpa alguna de mi parte, mientras desempeñaba el puesto de Portero del Anfiteatro de Bogotá, suma que debe pagarme en el término que le fije la sentencia.

"Tercera. Que tengo derecho a que por cada una de estas dos causas, seguro y accidente del trabajo, se me pague el valor de un año de mi sueldo, que era de treinta pesos mensuales.

"En subsidio pido que se fije la suma que se me debe pagar.

"Son hechos fundamentales de esta demanda:

"Uno. Estando joven y alentado fui nombrado empleado subalterno de la Escuela de Medicina, de la Facultad Nacional, que pertenece a la Nación.

"Dos. Durante veinte años estuve allí empleado, y en los últimos años desempeñé el cargo de Portero del Anfiteatro de Bogotá.

"Tres. En ejercicio del empleo, sin culpa alguna de mi parte, y a consecuencia del destino, fui víctima de una grave infección y operado dos veces en una pierna por el doctor Pompilio Martínez, y luégo me amputaron la otra pierna en el Hospital de San Juan de Dios, quedando completamente inutilizado para el trabajo, después de haber perdido ambas piernas.

"Cuatro. Cuando salí del Hospital quedé reducido a la miseria sin poder trabajar, y con varios hijos pequeños, muy pobre, por lo cual mi actual situación es desesperante.

"Cinco. No he recibido suma alguna por tal motivo.

"Seis. Yo devengaba un sueldo mensual de treinta pesos.

"Siete. En ese destino no se hace nombramiento oficial, sino verbal, y no se toma posesión del puesto. Por eso no acompaño esa prueba.

"El derecho, causa o razón, para promover esta demanda lo deduzco de los hechos expuestos en relación con las Leyes 130 de 1913; 57 de 1915; 37 de 1921; 32 de 1922, y demás disposiciones pertinentes."

El señor Fiscal del Tribunal a quien se corrió traslado de esta demanda una vez que fue admitida, la contestó oponiéndose "a que se decreten las prestaciones solicitadas en los cuatro puntos petitorios de la demanda por carecer el peticionario de derecho para obtenerlas."

Negó también los hechos, y declaró que las disposiciones legales invocadas no eran aplicables al caso.

Seguido el juicio con la dilación probatoria correspondiente y con la práctica de las demostraciones que el actor juzgó adecuadas a su intento, satisfechos todos los trámites que son de regla, el Tribunal puso fin a la controversia mediante la sentencia de fecha diez y ocho de octubre de mil novecientos veintinueve, en la cual absolvió a la Nación de los cargos de la demanda.

Y como el actor no se conformara con esta decisión, interpuso el recurso de apelación contra ella, que admitido elevó los autos a este Despacho, donde, satisfecha la ritualidad que le es propia, se procede a resolver en definitiva, previas las siguientes consideraciones y ya que no se observa en los autos ninguna causal de nulidad que los invalide y que deba declararse.

Para fundar su fallo el Tribunal sentenciador hizo el siguiente comentario:

"La demanda contiene dos peticiones de naturaleza distinta: la primera se refiere al pago del seguro obligatorio a que cree tener derecho el demandante, y la segunda a la indemnización de perjuicios por accidentes del trabajo.

"Con relación a la primera, se observa:

"El artículo 1º de la Ley 37 de 1921 estableció el seguro obligatorio en los siguientes términos:

'Seis meses después de la publicación de la presente Ley, las empresas industriales, agrícolas, de comercio o de cualquier otra clase, de carácter permanente, existentes en el país, o que se establezcan en lo sucesivo, cuya nómina de sueldos o salarios sea o exceda de mil pesos ($ 1,000) mensuales, deberán efectuar, a su cargo, el seguro de vida colectivo de sus empleados y obreros, por una suma equivalente al sueldo o salario del respectivo empleado u obrero durante un año, debiendo quedar incluídos todos los empleados u obreros que disfruten hasta de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2,400) anuales.'

"El artículo 1º de la Ley 32 de 1922 hizo extensiva a la Nación, los Departamentos y los Municipios, la misma institución del seguro, en los términos siguientes:

'Cuando la Nación, los Departamentos o los Municipios sean dueños o explotadores de empresas de las enumeradas en el artículo 1º de la Ley 37 de 1921, podrán asumir el carácter de aseguradores de los empleados y obreros de tales empresas. Cuando así lo hicieren, en los presupuestos respectivos harán apropiar las partidas correspondientes.'

"El seguro oficial está, pues, limitado, según las disposiciones transcritas, a las empresas industriales, agrícolas, de comercio o de cualquiera otra clase, de que sea dueña la Nación, los Departamentos o los Municipios.

"El demandante alega como hecho fundamental de su pretendido derecho de seguro el haber sido empleado de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional. Pero, siendo absolutamente insostenible que dicha Facultad sea una empresa industrial, agrícola, de comercio o de cualquier otra clase, de propiedad de la Nación, síguese que la acción intentada carece por completo de base legal.

"Por lo que respecta a la indemnización por accidentes del trabajo, la Ley 57 de 1915, que reglamenta íntegramente la materia, principia definiendo qué debe entenderse por tales, así:

'Para los efectos de la presente Ley, entiéndese por accidentes del trabajo un suceso imprevisto y repentino sobrevenido por causa y con ocasión del trabajo, y que produce en el organismo de quien ejecuta un trabajo por cuenta ajena una lesión o perturbación funcional permanente o pasajera, todo sin culpa del obrero.

'Entiéndese por patrono toda persona, natural o jurídica, dueña de las industrias, obras o empresas en que por sí o por interpuesta persona se esté verificando un trabajo, y por obrero, a toda persona cuyo salario no exceda de seis pesos oro semanales, que ejecute trabajo por cuenta del patrono.'

"Basta la lectura de este texto legal para comprender, sin mayores esfuerzos, que la enfermedad alegada por el peticionario como hecho generador del derecho que pretende, no puede considerarse como un accidente del trabajo, toda vez que ni fue imprevista, ni repentina. Muy al contrario, de las declaraciones de José Vicente Martínez y Paulino Chavarro, recibidas durante el término de prueba a petición del demandante, aparece claramente que la referida enfermedad fue progresiva, hasta el punto de determinar la amputación de la pierna izquierda del paciente. Por otra parte, no está debidamente acreditado el hecho de que la enfermedad haya sido contraída por el demandante por causa y con ocasión del trabajo que desempeñaba como empleado de la Nación, requisito sin el cual no puede considerarse como accidente del trabajo, según la definición legal arriba transcrita.

"Basta lo dicho para concluír que la acción intentada y deducida en el presente juicio no tiene el menor asidero legal."

Efectivamente: si las disposiciones copiadas de las Leyes 37 de 1921, 32 de 1922 y 57 de 1915, referentes al seguro colectivo obligatoro de los empleados y obreros, y a los accidentes del trabajo de los mismos, sólo imponen estas obligaciones a las empresas industriales, agrícolas, de comercio o de otra clase de naturaleza semejante a las mencionadas; si la Facultad Nacional no es ni puede ser una empresa de esta clase, donde al lucro del empresario debe corresponder la obligación de indemnizar los daños que ese mismo lucro produzca, hay que concluír que el peticionario carece de la acción intentada, y que, por consiguiente, la Nación debe ser absuelta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia absolutoria de que se ha hecho mérito; sin costas por virtud de las disposiciones de los artículos 9º de la Ley 39 de 1921 y 3º de la Ley 32 de 1922.

Cópiese y notifíquese; insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de donde procede.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

Corresponde a la Sala revisar, a virtud de apelación interpuesta por el señor Fiscal del Tribunal de Bogotá y por el apoderado de algunos de los ejecutados, la sentencia de fecha veinticinco de agosto de mil novecientos veintiocho, en que el Tribunal Superior de Bogotá falló las excepciones propuestas en el juicio ejecutivo que sigue por jurisdicción coactiva el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Luis Correa, Camilo A. Ferro, Alvaro Reyes y Jorge W. Crane, para el pago de la suma de veinte mil un pesos con treinta y ocho centavos de capital e intereses pendientes, hasta el treinta y uno de agosto de mil novecientos veinticinco, más los intereses de $ 18,921-38 de capital, desde la fecha indicada, al uno por ciento mensual, y por las costas del juicio.

Las excepciones que los ejecutados Alvaro Reyes y Jorge W. Crane propusieron fueron las siguientes:

"Pago. Error de cuenta. Limitación de la fianza. Extinción de la misma. Ampliación del plazo al deudor, sin consentimiento de los fiadores Crane y Reyes. Dación en pago. Inexistencia del título ejecutivo. Ineficacia del mismo título ejecutivo. Novación. Cancelación de las libranzas, y sustitución de la obligación."

Todas las excepciones anteriores tienen estos antecedentes:

Por medio de la escritura número 432, de marzo de 1923, otorgada en la Notaría tercera de Bogotá, el señor Luis Correa R. se obligó, en su propio nombre, a pagar al Gobierno Nacional las sumas procedentes de derechos de importación que causaran las mercancías que se proponía introducir por las Aduanas de Barranquilla y Cartagena, pago que conforme al mismo compromiso podría hacer Correa por medio de libranzas giradas a quince días vista por él o por medio de su agente comisionista respectivo, a favor del Administrador de la Aduana y a cargo de Correa, por la suma de quince mil pesos oro, así: en la Aduana de Barranquilla con la suma de doce mil pesos ($ 12,000) y por las mercancías que introdujera por la Aduana de Cartagena la de tres mil pesos ($. 3,000), obligándose a reconocer el uno por ciento de interés mensual durante la mora sobre el valor de cada giro y todo lo demás que resultase a deber, y a cumplir con lo dispuesto en las leyes y decretos vigentes. En la misma escritura dice Correa que obrando como apoderado general de Alvaro Reyes, según la escritura número 162 de 15 de febrero de 1923, de la Notaría 5ª, y Jorge W. Crane, declararon que se constituyen fiadores solidarios entre sí con el mismo Correa, para el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones referidas, por la cantidad de quince mil pesos, más sus intereses expresados, y todo lo demás que resultare a deber su fiado, extendiéndose desde hoy esta caución no sólo a los giros que se hagan una vez, sino a los que se hagan en lo sucesivo en virtud de rotación...".

En virtud del compromiso anterior y por razón de derechos de aduana sobre mercancías introducidas por Luis Correa R., su agente en Barranquilla giró libranzas a favor del Recaudador de rentas nacionales y a cargo de su comitente, por la suma de veintisiete mil ochocientos noventa y cuatro pesos, treinta y ocho centavos ($27,894-38), libranzas que Correa aceptó, según aparece de autos.

En esa situación, el mismo Luis Correa suscribió el documento de fecha dos de agosto de mil novecientos veinticuatro, con todas las formalidades legales, en el cual declaró, con aprobación expresa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que se constituía deudor de la Recaudación de rentas nacionales, por la suma de veintisiete mil ochocientos noventa y cuatro pesos con treinta y ocho centavos ($ 27,894-38), valor de las libranzas a su cargo y procedentes de derechos de importación, cantidad que Correa, con la fianza solidaria de Camilo A. Ferro y renunciando éste el beneficio de excusión, se obligó a pagar, por cuotas mensuales de tres mil pesos mínimum, en la oficina de la Recaudación, a partir del mes de septiembre siguiente y abonando intereses a la rata del uno por ciento mensual sobre las sumas no consignadas. Hizo constar además Correa, que este convenio no desvirtuaba en nada la escritura de fianza que tiene otorgada ante el Tesorero General de la República (la mencionada al principio de este fallo), "para responder del pago de las libranzas, y por tanto—continúa el documento—seguirá prestando su mérito ejecutivo, con jurisdicción coactiva, para el caso que los suscritos no pagaren en la forma indicada a que se refiere este documento."

Como Correa, después del compromiso apenas abonó la suma de nueve mil pesos ($ 9,000), por lo restante del principal y los intereses liquidados sobre las cuotas que dejó de pagar hasta el treinta y uno de agosto de mil novecientos veinticinco, el Juez de Ejecuciones Fiscales Nacionales libró ejecución por esas sumas, así como por los intereses de ese restante de diez y ocho mil novecientos veintiún pesos treinta y ocho centavos, contra Correa, Camilo Ferro, Alvaro Reyes y Jorge W. Crane.

En la debida oportunidad los ejecutados Reyes y Crane propusieron las excepciones de que atrás se habló, las que fueron admitidas y decididas por el Tribunal Superior de Bogotá, conforme a lo dispuesto por el artículo 73 del Código Judicial y 2º de la Ley 53 de 1917, en esta forma:

"Decláranse probadas las excepciones denominadas extinción de la fianza, por haberse prorrogado el plazo de la deuda, sin consentimiento de los fiadores Alvaro Reyes y Jorge W. Crane; la de error de cuenta, consistente en haberse mencionado en la segunda parte del mandamiento ejecutivo, como capital, la suma de diez y ocho mil novecientos veintiún pesos con treinta y ocho centavos, en lugar de diez y ocho mil ochocientos noventa y cuatro pesos con treinta y ocho centavos, y la de ilegitimidad de la personería sustantiva de los ejecutados Reyes y Crane.

"Decláranse no probadas las excepciones denominadas limitación de la fianza, dación en pago, novación, cancelación de las libranzas, sustitución de la obligación y pago. En consecuencia cese totalmente la ejecución contra los ejecutados Alvaro Reyes y Jorge W. Crane. No se hace condenación en costas."

Parece que uno de los motivos de apelación del señor Fiscal del Tribunal estriba en haber entrado el Tribunal a considerar y decidir las excepciones distintas de las de pago y error de cuenta, que en ejecuciones por jurisdicción coactiva son las que en concepto de dicho funcionario permite alegar el artículo 1098 del Código Judicial, y no otras como las que alegaron los ejecutados Reyes y Crane. Pero como lo ha resuelto esta Sala y lo dice el fallo que se revisa, la tesis del señor Fiscal sólo tiene estricta aplicación cuando el título ejecutivo es

uno de los documentos indicados limitativamente en el artículo 1098 del Código Judicial, caso de que aquí no se trata, pues en esta ejecución, respecto de los excepcionantes, su obligación emana del contrato accesorio de fianza y por consiguiente tienen derecho a invocar todo hecho que conforme a la ley pueda exonerarlos de las obligaciones resultantes de tal contrato, que son las que pesan sobre ellos. Luego el Tribunal obró correctamente al entrar a considerar en este caso las excepciones distintas de las de pago y error de cuenta.

Excepción de pago.

En apoyo de esta excepción dice el apoderado de los excepcionantes que como el pago es, conforme al artículo 1626 del Código Civil, la prestación de lo que se debe, quien entrega un documento a cambio de otro, verifica un pago; y que habiendo entregado el deudor Correa el documento de dos de agosto de mil novecientos veinticuatro, en cambio de las libranzas canceladas por el mismo acreedor, quien aceptó la operación, hizo un pago que libertó al primero de la obligación de pagar la suma que expresa dicho documento, porque "pagó las libranzas y surgió el nuevo título contenido en el documento."

Bien estaría la defensa si la obligación hubiera sido simplemente de dar libranzas, pero ya se ve que no fue esta la obligación contraída por Correa R. sino la de pagar el valor que aquéllas acreditaban. De manera que al entregar el acreedor las libranzas canceladas y recibir por el mismo valor el documento, no hizo otra cosa que cambiar la prueba de la obligación, pero no extinguirla. Y es claro que si Correa hubiera pagado con esa operación lo que debía, no habría otorgado el nuevo, declarándose responsable de la misma deuda que representaban las libranzas, y habría alegado en el término correspondiente la respectiva excepción, cosa que no ha hecho.

Tampoco resulta de otras pruebas que con posterioridad al veintisiete de diciembre de mil novecientos veinticuatro, en que se hizo la liquidación por el Juzgado ejecutor, Correa hubiera hecho pago alguno. Luego el juzgador no puede reconocer, como pago, la excepción alegada **dación en pago.** Se funda esta excepción en el mismo hecho en que descansa la anterior: haber entregado la Tesorería General de la República, en seguida del otorgamiento del documento de dos de agosto de mil novecientos veinticuatro, por $ 27,894-38, de parte de Luis Correa R., libranzas canceladas por igual suma.

Hay dación en pago cuando el acreedor consiente en recibir del deudor cosa distinta de aquella a que el último se ha obligado. ¿Cuál era la cosa debida por Correa R. en este caso? Una suma de dinero procedente de derechos de importación de mercancías que había importado; luego para que el hecho de haber entregado el representante de la Nación las libranzas canceladas a Correa no implicara únicamente simple cambio de la prueba de la deuda, sería preciso que constara que Correa sólo debía un documento y no una suma de dinero. Pero ni fue esa la obligación de Correa, ni consta de modo evidente que el acreedor hubiera consentido en dar por pagada la deuda, cuatro días antes reafirmada por el deudor, con la entrega de la prueba que antes tenía esa obligación. Ese hecho puede tener, como dice el Tribunal, otros efectos, pero no el de extinguir la obligación del deudor principal por dación en pago.

Extinción de la fianza.

Fúndase esta excepción en el hecho de haber ampliado el acreedor el plazo que tenía el deudor para el pago de la deuda, sin consentimiento de los fiadores que hoy son ejecutados, hecho que prevé, dicen los ejecutados, el artículo 1708 del Código Civil, cuando dice:

"La simple ampliación del plazo de una deuda no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituídas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación."

En la escritura número 432, de 23 de marzo de 1923, citada al principio, Luis Correa R. dijo obligarse a cubrir al Tesoro Nacional las sumas provenientes de derechos de aduana en la introducción de mercancías, por medio de libranzas a quince días vista, a cargo suyo o de su agente y a favor del Administrador de la Aduana, hasta por la suma de quince mil pesos, pero agregando que respondería igualmente de "todo lo demás que resultare a deber." Consta que se expidieron las libranzas hasta la de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos veinticuatro, ascendiendo todas a la suma de veintisiete mil ochocientos noventa y cuatro pesos, treinta y ocho centavos ($ 27,894-38). En la misma escritura citada, Alvaro Reyes y Jorge W. Crane aseguraron como fiadores solidarios ese compromiso de Correa, no solamente hasta la cantidad de quince mil pesos con intereses al uno por ciento mensual de demora en el pago de cada giro, sino "todo lo demás que resultare a deber su fiado, extendiéndose desde hoy (la fecha de la escritura) esta caución no solamente a los giros que se hagan una vez, sino a los que se hagan en virtud de rotación." En junio de 1924 se venció el plazo que tenía el último giro, y como ni éste ni los anteriores fueron pagados por Correa, reafirmó éste su obligación y otorgó el pagaré de dos de agosto del mismo año, y el acreedor convino en que Correa pagara la misma deuda, no ya en giros, a quince días vista, sino en contados de a tres mil pesos ($ 3,000) cada uno, a partir del mes de septiembre de mil novecientos veinticuatro, también hasta la cancelación de los $ 27,894-38.

Se ve, pues, que con este segundo compromiso de Correa, si bien no se hizo otra cosa que reafirmar el que el mismo deudor había contraído al suscribir la escritura primeramente citada, expresando ya en su totalidad la suma a que ascendían las libranzas, se amplió el plazo para el pago de la deuda, sin consentimiento de los fiadores, porque no consta que éstos hubieran suscrito el segundo compromiso de Correa R.

¿Pero esta ampliación del plazo libertó a los fiadores Reyes y Crane, no obstante aparecer obligados como fiadores solidarios? El Tribunal contestó afirmativamente esta cuestión, por razones que en síntesis son las siguientes:

1ª Que el artículo 1708 no distingue entre fiadores simples y solidarios para el efecto de declarar extinguida su responsabilidad por la ampliación del plazo, sin que ellos accedan expresamente a ella.

2ª Porque "la responsabilidad del fiador solidario está limitada a las estipulaciones que aparezcan en la convención y que hayan afianzado, sin que pueda ir su obli-

gación más allá de la del fiado" (artículos 2369 y 2373 del Código Civil).

De esto se deduce que cuando entre el acreedor y el deudor principal se varían o modifican los términos de la convención o se amplía el plazo sin intervención del fiador, la responsabilidad de éste deja de existir, primero, porque no consintió en las modificaciones del contrato o en la ampliación del plazo, y segundo, porque como se ha dicho, la responsabilidad del fiador tiene siempre la limitación circunscrita a las obligaciones que afianza. De modo que si en virtud de los principios generales la tesis anterior es jurídica, en virtud del texto legal expreso, artículo 1708 del Código Civil, la evidencia de tal teoría es palmaria.

3ª Deudor y fiador son cosas esencialmente distintas: el primero contrae una obligación y el segundo la afianza, y si el fiador es ante el acreedor un verdadaro codeudor, es para el efecto de poderle cobrar la **totalidad** de la deuda (subraya la Sala) y mientras la obligación afianzada se conserve en toda su integridad y no sufra alguna modificación que pueda libertarlo de su pleno derecho, porque la sola voluntad o declaración del acreedor y el deudor no puede obligarlo, como resulta de los principios expuestos.

4ª Porque si bien la ampliación del plazo al deudor tuvo lugar después de expirado ese plazo, la Nación no ejecutó a los fiadores antes de este hecho.

Fuera de estos argumentos que la Sala acoge, por hallarlos fundados, aduce lo que la Sala de Casación Civil de la Corte expuso para rebatir la tesis contraria aducida por persona distinta del mismo Tribunal de Bogotá en otro asunto. En ese fallo de la Sala de Casación Civil, de fecha quince de mayo último, se encuentran los apartes siguientes:

"La doctrina del Tribunal, de reciente data, opuesta a la que antes había establecido aquella corporación, puede resumirse en estas dos proposiciones:

"1ª En derecho, deudor principal solidario y fiador solidario son sujetos pasivos de la misma especie en las obligaciones contraídas para con el acreedor.

"2ª La sola estipulación de solidaridad con que el fiador contrae su obligación, convierte la obligación accesoria en principal, igual a la contraída por el deudor principal solidario a quien cauciona."

Esta nueva doctrina del Tribunal requería que los fundamentos en que la apoya no se expusieran como meros postulados que deban admitirse sin ser demostrados, sino como proposiciones respecto de las cuales debía averiguarse a la luz de los principios y de la historia del derecho civil, la verdad de aquella identidad de relaciones jurídicas que el Tribunal sienta como incontrovertibles.

El concepto ideológico de identidad exige que las cosas que se perciben como de idéntica naturaleza no tengan mezcla alguna de **un no ser** relativo; de suerte que no basta que participen de algunas otras o elementos comunes para que sean de naturaleza idéntica, pues si se descubren en ellas diferencias, son cosas distintas.

Para hallar identidad entre codeudor principal solidario y fiador solidario, no es suficiente probar que uno y otro responden singularmente al acreedor del total de la cosa debida, sino demostrar también que, en sus relaciones con él, no existe ninguna diferencia.

Las diferencias existen, muy importantes ciertamente:

a) La obligación del codeudor principal, para que sea efectiva, ha de ser civil, esto es, que confiera derecho al acreedor para exigir su cumplimiento. La obligación del fiador no sigue necesariamente la naturaleza de la obligación principal, sino que aun siendo ésta meramente natural, puede sin embargo exigirse el cumplimiento de la fianza a virtud del contrato respectivo. (Artículo 2364 del Código Civil).

b) El contrato de donde nace la obligación del codeudor principal es ordinariamente conmutativo, al paso que el de fianza es gratuito, con respecto al acreedor. (Artículo 1497 del Código Civil).

c) La obligación del codeudor principal toma sér de un acto o contrato verificado con el conocimiento y beneplácito de todos los que intervinieron en él. Por el contrario, el fiador de cualquiera especie puede contraer su propia obligación sin orden y aun sin noticia y contra la voluntad del principal deudor. (Artículo 2371 del Código Civil).

d) La obligación del codeudor principal dura tanto cuanto perdure el contrato de que nace. La obligación del fiador, sea o nó solidaria, puede no tener esa duración, ya por haberse constituído la caución con limitaciones de tiempo o de condición suspensiva o resolutoria (artículo 2366 del Código Civil), ya por ocurrir algunas de las causales del relevo de fianza señaladas por la ley. (Artículo 2394 del Código Civil).

e) El codeudor principal demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones personales suyas (artículo 1517); pero el fiador no puede oponer tales excepciones del deudor principal. (Artículo 2380).

f) El codeudor solidario no puede oponer la prescripción renunciada por él; el fiador sí la puede oponer. (Artículo 2516 del Código Civil).

g) El codeudor principal solidario que ha pagado la deuda subroga al acreedor en sus derechos y acciones, pero limitada su acción respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda (artículo 1579 del Código Civil). El fiador, por el contrario, si hubiere muchos deudores principales y solidarios a quienes haya afianzado, puede demandar a cada uno de ellos por el total de la deuda (artículo 2397 del Código Civil). Y tiene, además, una acción peculiar, de que carece el codeudor principal: la de indemnización de perjuicios conforme a las reglas generales. (Artículo 2395 del Código Civil).

El argumento de autoridad, sacado de la legislación comparada o invocado por el Tribunal en apoyo de su tesis, carece de exactitud.

Cita en primer término el artículo 2021 del Código de Napoleón, que contiene en su parte final esta disposición:

"**En tal caso** (cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor principal), **el efecto de su compromiso se regula por los principios que se han establecido para las deudas solidarias.**"

Respecto de la inteligencia que hubiera de darse a esta disposición, hubo en tiempos pasados divergencias entre los expositores del Código y surgieron dos sistemas de interpretación:

Según unos "debe haber asimilación completa entre el fiador solidario y el codeudor solidario."

Según otros, "no puede haber tal asimilación completa entre esos dos obligados."

Esta cuestión controvertida hubo de llevarse, como era natural y necesario, ante los Tribunales, y tocó a la Corte de Casación de Francia decidirla, y sentó al efecto la doctrina de que "no puede haber asimilación completa entre el fiador solidario y el codeudor solidario. La fianza, aunque sea solidaria, conserva su carácter accesorio; el fiador no se obliga en interés propio, a diferencia del deudor solidario que, respecto del acreedor, se considera comprometido por interés propio y personal."

Aquella alta corporación hizo más: fijó el sentido y alcance preciso del artículo 2021, en estos términos:

"Si después de haber negado este artículo el beneficio de excusión al fiador que, habiéndose obligado solidariamente, se reputa haberlo renunciado de modo implícito, agrega: **en tal caso el efecto de su compromiso se regula por los principios que han sido establecidos para las deudas solidarias;** este agregado es únicamente con el fin de privar igualmente al fiador solidario del otro beneficio admitido en materia de fianza, a saber: el beneficio de división, que siendo incompatible con todo compromiso solidario, sea principal o accesorio, se debe rehusar al fiador solidario, de la misma manera que el artículo 1203 se lo tiene denegado al codeudor solidario."

Y concluye la Corte:

"Estas diferencias tan profundas no permiten admitir que el artículo 2021 haya entendido asimilar de una manera absoluta el fiador solidario al codeudor solidario."

(Dalloz, Jurisprudencia General).

Los expositores del Código de Napoleón, con muy contadas excepciones, se hallan acordes con la doctrina de la Corte de Casación, que se acaba de exponer.

Dice Demolombe:

"La fianza, aun cuando sea solidaria, no es sino una obligación accesoria a otra obligación, que es la única principal. Pero se sostiene sin embargo que el artículo 2021 parece asimilar el fiador solidario al codeudor solidario. Nó, ciertamente; el legislador no ha confundido la fianza solidaria con la obligación solidaria. Nótese, en efecto, que este artículo no habla sino del fiador que haya contraído obligaciones iguales y solidariamente con el deudor."

Pautin, en su obra **Explicación del Código Civil,** expone el sentido del artículo 2021, así:

"El medio más enérgico de renunciar el fiador el beneficio de excusión es comprometerse solidariamente con el deudor. En este caso, dice el artículo 2021, que el efecto del compromiso contraído por el fiador se regula por los principios que se han establecido para las deudas solidarias, las cuales excluyen el beneficio de excusión. La declaración, pues, contenida en el artículo 2021 debe restringirse y ser entendida en el punto de vista de la excepción que dio origen a que tal declaración se formulase. Es necesario, por consiguiente, guardarse bien de dar a esa declaración un alcance general y tomarla en el sentido de que la fianza solidaria esté asimilada completamente al codeudor solidario."

El Tribunal incurre igualmente en inexactitud al invocar el artículo 1907 del Código Civil italiano en apoyo de su tesis. Este artículo está interpretado por la Jurisprudencia italiana de modo diverso. En efecto, la Sala de Casación de Turín, en sentencia de 18 de junio de 1886, asentó esta doctrina:

"Aunque la fianza solidaria produzca el efecto señalado en el artículo 1189 del Código Civil, esto es, que pueda el acreedor dirigir su acción indistintamente, a su arbitrio, contra el deudor principal o contra el fiador solidario, sin que éste pueda oponerle el beneficio de excusión, ese efecto no desnaturaliza la fianza, de manera de confundirla en todo y para todo con la obligación solidaria; la fianza, en efecto, permanece siempre como una obligación accesoria respecto de la principal."

Erróneo en mayor grado es también el argumento de autoridad tomado por el Tribunal, del modernísimo Código Civil suizo, sobre obligaciones.

El artículo 946 tiene dos incisos; dispone el primero:

"Si el fiador se obliga con el deudor principal tomando las calificaciones de **fiador solidario,** codeudor solidario o cualquiera otra equivalente, el acreedor puede perseguirlo antes de dirigirse al deudor principal y de realizar sus prendas."

Este inciso, como se ve, se limita a negar al fiador solidario el beneficio de excusión, al igual del Código Civil colombiano, artículo 2374.

Pero el Código suizo se anticipó a decidir por disposición positiva y en sentido negativo la cuestión dudosa de que tratamos al presente de si el fiador solidario, por constituírse en tal forma, asume el carácter de codeudor principal solidario con relación al acreedor, y dispuso en su inciso 2º esto muy significativo:

"Por lo demás, las disposiciones del presente título son aplicables a esta clase de fianzas."

Este título de referencia es el 20, que trata de la fianza, entre cuyas disposiciones se halla el artículo 502, que ordena:

"El fiador que no se ha comprometido sino por un tiempo determinado, **queda libre,** si el acreedor no persigue judicialmente la ejecución de sus derechos dentro de las cuatro semanas que siguen a la expiración de este tiempo y si no continúa sus acciones sin interrupción notable."

El Código suizo, pues, invocado por el Tribunal para respaldar su tesis, no hace sino condenarla, porque tanto el artículo que acaba de citarse como el que le sigue, son aplicables al fiador solidario, según lo dispone el inciso 2º del artículo 946, inciso que no quiso tener en cuenta el Tribunal. Lejos de establecer identidad absoluta entre el fiador solidario y el codeudor solidario, declara en disposiciones positivas el mismo principio que habían establecido la Jurisprudencia francesa y la italiana.

Omite la Corte el estudio de las otras legislaciones citadas por el Tribunal por no alargar este fallo, en la seguridad de que las disposiciones que se invocan no tienen más alcance que el de privar al fiador solidario de los beneficios de excusión y de división.

Es entendido que, según se deja dicho, estos principios rigen la fianza, sea simple o solidaria, dejan de aplicarse cuando a pesar de la intención recóndita de la persona que se propone caucionar a otra, toma sobre sí para mayor abundamiento y por estipulación clara, precisa e indudable, el carácter de codeudor principal solidario, respecto del acreedor.

Concluye, pues, la Sala, que el hecho de haber ampliado el plazo al deudor extinguió la obligación respecto de

los fiadores por no haber accedido éstos expresamente al segundo compromiso.

Aquí pudiera terminar la Sala su estudio, si únicamente fueran ejecutados los fiadores, porque extinguida una obligación por una causa, no hay necesidad de considerar las demás causas de extinción que se aleguen. Por eso no hay necesidad de estudiar la alegada con el nombre de limitación de la fianza, porque si ésta se extinguió según lo que se deja expuesto, no hay para qué estudiar si quedó o nó limitada. Pero como las demás excepciones alegadas por los fiadores también aprovechan al deudor principal por razón de la solidaridad entre éste y aquéllos, hay que estudiarlas.

En el orden en que fueron propuestas sigue la de novación.

Como lo establece el artículo 1687 del Código Civil, la novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida, y según el artículo 1690 de la misma obra, puede ocurrir en tres casos:

1º Cuando se sustituye una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.

2º Cuando el deudor contrae una nueva obligación respecto de un tercero y el acreedor lo declara libre de la obligación primitiva; y

3º Cuando se sustituye un nuevo deudor al antiguo que en consecuencia queda libre.

Se funda la novación alegada en que el acreedor aceptó en lugar de las libranzas el documento de dos de agosto de mil novecientos veinticuatro, que representaba igual obligación. Como esta operación tuvo lugar entre los mismos acreedor y deudor, desde luégo se excluyen los dos últimos casos que contempla el artículo 1687 citado. ¿Se estará entonces en el caso del numeral 1º?

No lo estima así la Sala, porque, como lo dice el Tribunal, el deudor Correa al dar el documento no se propuso sino recapitular su deuda, ya reconocida en su cantidad principal e intereses en las libranzas. Y esto se acredita con la expresa declaración que aquél hizo de que esa obligación no alteraba en manera alguna lo que había dicho en la escritura suscrita en marzo de 1924. Además, en el documento no se relaciona obligación distinta de la que antes se había contraído por Correa. Por consiguiente, se ve que lo que éste se propuso fue cambiar la prueba de la obligación, pero no extinguirla por novación.

Pero se alega en seguida que ese cambio y la cancelación de las libranzas cuatro días después, constituyen extinción de la obligación por esos dos medios. Para que se pudiera reconocer tal extinción sería preciso que constara de modo fehaciente que Correa había pagado el valor del documento con posterioridad al dos de agosto de mil novecientos veinticuatro, que fue la fecha de la última obligación que contrajo. Y lejos de eso, el nueve del mismo mes y año y de acuerdo con el informe que rindió el Tesorero General de la República, en esa fecha estaba debiendo la suma de que trata el documento fechado el dos de ese mes, lo cual indica que la cancelación de las libranzas obedeció únicamente a que Correa R. cambió la prueba de su obligación, no que hubiera pagado su valor, y que naturalmente tenía derecho, una vez que otorgó el documento, a que se le dieran las libranzas canceladas, porque el acreedor había recibido otra prueba de la misma obligación.

No puede, pues, la Sala reconocer probadas, respecto del deudor Correa, las excepciones de sustitución de la obligación y cancelación de las libranzas.

Ineficacia o inexistencia del título ejecutivo.

En realidad estas dos excepciones constituyen una sola, porque si un título no tiene eficacia para despachar ejecución, no hay título de esta clase. Ahora, es claro que respecto de los fiadores, la extinción de la fianza por la ampliación del plazo dejó sin existencia o eficacia el título ejecutivo que era la fianza, pero no respecto del deudor principal, porque respecto de éste aparece el documento de dos de agosto de mil novecientos veinticuatro, que presta mérito ejecutivo por expresar a cargo de Correa una obligación exigible ejecutivamente de conformidad con el artículo 46 de la Ley 40 de 1907, que no ha sido solucionada por Correa R., según lo que se deja dicho. Tal documento fue reconocido por el mismo deudor y su fiador Ferro expresamente, como aparece de la diligencia de diez de septiembre de 1925. No están, pues, probadas estas excepciones.

Error de cuenta.

Se apoya en el concepto de estar erradas las operaciones aritméticas que se hicieron por el Juez ejecutor al tiempo de despachar la ejecución.

La ejecución se despachó por la cantidad de veinte mil un pesos con treinta y ocho centavos ($ 20,001-38), o sea, por diez y ocho mil ochocientos noventa y cuatro pesos ($ 18,894) del capital que se debían hasta el treinta y uno de agosto de mil novecientos veinticinco, más un mil ciento un pesos ($ 1,101) de intereses. Esto se debía conforme a lo estipulado en la expresada fecha.

Pero el Juez al despachar la ejecución por los intereses debidos desde la misma fecha, los computa de la suma principal de diez y ocho mil novecientos veintiún pesos treinta y ocho centavos ($ 18,921-38) debiendo ser de los mismos diez y ocho mil ochocientos noventa y cuatro pesos treinta y ocho centavos ($ 18,894-38), porque los veintisiete pesos ($ 27) de diferencia entre las dos cantidades, que ya debía Correa por intereses de cuotas atrasadas, no podían devengar intereses, conforme al artículo 1617 del Código Civil.

El error de cuenta, que no se advirtió al revisar el mandamiento ejecutivo, consiste, pues, en haber deducido intereses desde el treinta y uno de agosto de mil novecientos veinticinco, de una suma por capital que no era la debida, o sea de la de diez y ocho mil novecientos veintiún pesos treinta y ocho centavos ($ 18,921-38), en lugar de la de diez y ocho mil ochocientos noventa y cuatro pesos con treinta y ocho centavos ($ 18,894-38). Sólo en esta parte está probada la excepción de error de cuenta.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

Decláranse probadas las excepciones denominadas extinción de la fianza y limitación de ella por haber prorrogado el acreedor el plazo de la deuda sin haber accedido a la ampliación los fiadores solidarios señores Alvaro Reyes y Jorge W. Crane; consecuencialmente y respecto de éstos, están también probadas las de limitación de la fianza, inexistencia o ineficacia del título ejecutivo.

Declárase igualmente probada la excepción de error de cuenta consistente en haberse tomado en el mandamiento ejecutivo como capital que devenga intereses desde el treinta y uno de agosto de mil novecientos veinticinco, el de diez y ocho mil novecientos veintiún pesos treinta y ocho centavos ($ 18,921-38) en lugar del de diez y ocho mil ochocientos noventa y cuatro pesos con treinta y ocho centavos ($ 18,894-38).

Declárase no probadas las excepciones de pago, dación en pago, novación, cancelación de libranzas, sustitución de la obligación, inexistencia o ineficacia del título ejecutivo, todas ellas respecto del deudor principal Luis Correa y de su fiador Camilo Ferro.

En consecuencia, cése la ejecución en su totalidad contra los fiadores Alvaro Reyes y Jorge W. Crane, y siga adelante contra el deudor Luis Correa R. y su fiador Camilo Ferro, para el pago de la suma de veinte mil un pesos con treinta y ocho centavos ($ 20,001-38), valor del capital e intereses pendientes de su deuda hasta el treinta y uno de agosto de mil novecientos veinticinco, por los intereses del capital pendientes de diez y ocho mil ochocientos noventa y cuatro pesos ($ 18,894) desde la fecha indicada en adelante, al tipo del uno por ciento mensual.

Los gastos judiciales que se causen y que sean necesarios para seguir la ejecución, se satisfarán por el ejecutante, quien tendrá derecho de cobrarlos; sin más costas (artculo 1489 **in fine**).

Queda en estos términos reformada la sentencia recurrida. No hay costas en el recurso ante la Corte.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

Por sentencia de veinte de mayo de mil novecientos veintinueve, el Tribunal Superior de Medellín absolvió al Departamento de Antioquia de la demanda ordinaria incoada por el señor Jesús M. López, para que se declarara que dicho Departamento está en la obligación de cumplir dentro del término legal el contrato consignado en la escritura pública número 2144, de veintiocho de noviembre de mil novecientos catorce, pasada en la Notaría 1ª de Medellín, "en el sentido de que la carretera de Oriente que ocupa la faja vendida por la citada escritura, debe tener las condiciones adecuadas para que preste el servicio que corresponde a los caminos llamados carreteables"; y que el mismo Departamento de Antioquia se halla en la obligación de indemnizar al demandante los perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento del contrato antes mencionado, los cuales fueron estimados en la demanda en la suma de cincuenta mil pesos.

Los fundamentos de hecho de la demanda los compendia el Tribunal así:

"1. Por la Ordenanza número 7 de 28 de marzo de 1913, se declaró de utilidad pública la construcción de un camino carreteable que comunicase la capital de este Departamento con la región oriental de Antioquia.

"2º La Junta Departamental de Caminos, autorizada por la Gobernación, procedió a celebrar los contratos respectivos para obtener la cesión de las fajas necesarias para la construcción de la carretera.

"3. Con la mira de procurar el progreso del Departamento, el señor Carlos Enrique López, antecesor del demandante señor Jesús M. López, cedió la faja necesaria para la construcción de la carretera.

"4, 5, 6, 7. El Departamento construyó la carretera hasta el kilómetro 19, ocupando en parte la faja cedida por el señor López; y dio al servicio público, en los años de mil novecientos diez y ocho o mil novecientos diez y nueve, la parte de carreteable que había construído.

"8 y 9. El carreteable que dio el Departamento al servicio público era el suficiente y adecuado para el tránsito de peatones, de animales solos o con cargas, y de vehículos de ruedas de toda clase. De esta vía se utilizaba el predio del señor López para entrar y salir a pie, a caballo, con cargas, con animales y en vehículos de rueda de toda clase.

"10, 11, 12, 13. La cesión de la faja de terreno de que se ha hablado la hizo el señor Carlos Enrique López al Departamento por escritura pública número 2144, de veintiocho de noviembre de mil novecientos catorce, de la Notaría 1ª de Medellín; cesión que hizo a título de venta 'para la carretera que ha de construírse a Oriente.' La faja fue entregada al Departamento y ocupada por la vía.

"Por escritura número 1778, de diez de julio de mil novecientos veintiséis, el señor Carlos Enrique Vélez V. le vendió al señor Jesús M. López V. la finca de **Granizal;** posteriormente, por escritura número 984, de treinta de abril de mil novecientos diez y siete, le cedió el primero al segundo el derecho de ejercitar contra el Departamento de Antioquia la acción resolutoria que contempla el artículo 1546 del Código Civil, motivo por el cual tiene derecho el señor Jesús M. López para demandar al Departamento la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, teniendo en cuenta que la faja de terreno fue cedida por el señor López (Carlos Enrique) para que el Departamento la destinara 'exclusivamente a la construcción del camino carreteable de Oriente.'

"14 y 15. Después de dada al servicio público la carretera en la parte correspondiente a la faja cedida por el señor Carlos Enrique López, la Empresa denominada **Tranvía de Oriente** ocupó la vía, ocupación que no sólo fue tolerada sino consentida por el **Departamento, 'no obstante que estipulaciones expresas del contrato lo prohibían,'** ya que la faja cedida por el señor López **'debía destinarse únicamente a la construcción de la carretera de Oriente.'**

"16. Por la ocupación de la banca de la carretera de Oriente con la carrilera del tranvía del mismo nombre, aquella carretera ha quedado completamente inutilizada para prestar los servicios inherentes a camino carreteable, mudándose su naturaleza y cambiándose su objeto y destinación primitivos, con ostensible violación de las estipulaciones del contrato sobre venta de la faja.

"17 y 18. Una carretera o camino carreteable es camino público, ancho y espacioso, por donde pueda andarse o transitarse a pie, con animales, con cargas o en vehículos de ruedas. Pero ocupada la carretera por el tranvía de Oriente, no presta los servicios de tál por no poderse

transitar por ella en vehículos distintos del tranvía, ni con animales ni con cargas, y ni aun a pie, porque en algunos puntos el mismo tránsito a pie ofrece los peligros del tranvía.

"19. Con motivo de la ocupación que de la carretera de Oriente hizo el tranvía del mismo nombre, el predio del señor Jesús M. López ha quedado **enclavado,** por ser demasiado deficiente el servicio del tranvía debido a falta de material rodante y a defectuosa administración; aun ha sucedido que la familia del señor López haya tenido que venirse a pie de la finca a la estación Manrique, por no poder utilizar el tranvía, y por ser imposible el tránsito en otros vehículos de ruedas, ni con animales.

"20. De este modo la ocupación de la carretera por el tranvía se ha convertido **'en el mayor y más ostensible de los desastres'** para el señor Jesús M. López V. y para quienes poseen fincas en esa región, una vez que antes de la construcción de la carretera de Oriente, y de que ésta se diera al servicio público, 'se disponía de un camino que prestaba servicio constante, y suficiente y seguro para el tránsito de la finca al camino público que comunicaba con esta ciudad, a pie, con animales y con cargas de toda clase, en tanto que desde la ocupación de la banca de la carretera con la carrilera del tranvía, ese tránsito no se hace ni siquiera a pie, por la inseguridad que ofrece.'

"21. En presencia de semejante situación, tan notoriamente dañosa y violatoria del contrato celebrado entre el Departamento y el señor Carlos Enrique López, el señor Jesús M. López V. y otros propietarios de fajas vendidas, elevaron a la Junta Departamental de Caminos justa y comedida solicitud, quejándose de tan graves males, y exigiendo se pusiera remedio adecuado para que la carretera prestara el servicio a que había sido destinada, en armonía con el contrato celebrado y con el querer de la Ordenanza número 7 de 1913, en que se dispuso la construcción de la carretera.

"22. Tan razonable fue la solicitud mencionada, que la Junta Departamental de Caminos dictó la resolución de seis de octubre de mil novecientos veintiséis, donde se dispone:

'1° La Dirección Departamental de Caminos procederá a ensanchar la carretera de Oriente, entre esta ciudad y el kilómetro 19 del tranvía del mismo nombre, a medida que los fondos destinados a dicha vía lo permitan.

'2° Exíjase a la Compañía del Tranvía de Oriente que, a partir del kilómetro 19, y a medida que avance la ocupación de la carretera con la línea férrea, deje un espacio suficiente para garantizar el servicio de dos líneas de vehículos de ruedas.'

"23, 24, 25, 26, 27, 28. 'El Departamento—por conducto de la Junta Departamental de Caminos—dictó la expresada resolución simplemente para dejarla escrita,' porque no se ha preocupado de cumplirla, quebrantando así la palabra empeñada. Una nueva solicitud hecha por el señor Jesús M. López V., en que se pedía se cumpliese la resolución de seis de octubre de mil novecientos veintiséis, 'no ha merecido otra respuesta que la de un compasivo silencio.' "

El señor Fiscal 2° del Tribunal, al contestar la demanda, desconoció de fondo la acción intentada, aceptó algunos hechos, negó otros, y propuso las excepciones de estar dirigida la demanda contra persona distinta de la obligada a responder, pacto de no pedir, orden o excusión, accidente inopinado, pérdida de la cosa que se debe, evento de la condición resolutoria y todo otro hecho generador de excepción.

De la sentencia absolutoria que ya se conoce, interpuso apelación el demandante, y por ello han subido los autos a la Corte, donde, previa la sustanciación de regla, se procede a dirimir la controversia en segunda instancia.

La escritura número 2144, de veinte de noviembre de mil novecientos catorce, por la cual el señor Carlos E. López dijo vender al Departamento de Antioquia la zona de terreno a que se refiere la demanda, contiene entre otras cosas las siguientes cláusulas:

"Primero. Que para la carretera que ha de construirse a Oriente, de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza número 7 de 28 marzo de 1913, vende al Departamento de Antioquia una faja de terreno en su finca denominada **Granizal,** ubicada en este Distrito, con una latitud no más de veinte metros, y la longitud correspondiente al paso del camino por la finca, comprendida la faja por estos linderos:

'Por el pie, con propiedad de Santos Rendón; por un costado, con la finca de **Granizal,** del vendedor; por la cabecera, con propiedad de Antonio Cadavid W., y por el otro costado, con la dicha finca del vendedor'; con la expresa condición de que la carretera en la parte que atraviesa la finca mencionada, deberá construirse por el trazado que actualmente tiene hecho el ingeniero del Departamento, y pasando por debajo de la casa principal de dicha finca.

"Segundo. Que el precio de la faja vendida es el valor que se invierta por el Departamento en la construcción de cercos a uno y otro lado longitudinal, de alambre de púas con cinco hilos, y cuatro, donde la naturaleza y configuración del terreno lo permita, con estacones de madera buena, colocados a dos metros de distancia uno de otro; y el beneficio que recibe la finca con el paso de la carretera por ella.

"Tercero: Que es condición de este contrato la de que el Departamento indemnizará al vendedor los perjuicios que sufra su finca por causa de la construcción y servicio de la carretera.

"Cuarto. Que entregará materialmente al Departamento la faja vendida inmediatamente que se empiecen los trabajos de construcción de la carretera dentro de la finca del otorgante.

. . . . . .

"Sexto. Que por el hecho de que la carretera mencionada no se construya por cualquier causa, virtualmente queda sin fuerza ni valor el presente contrato....."

De las cláusulas transcritas aparece que el contrato de que se viene haciendo mérito es bilateral, puesto que ambas partes contratantes contraen obligaciones recíprocas, y que es conmutativo, por cuanto lo que cada parte da o se obliga a hacer, se considera equivalente de lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. Los términos de la convención así lo ponen de manifiesto.

En la escritura se da al contrato la denominación de compraventa. Mas si se atiende a la definición que de ésta trae el artículo 1849 del Código Civil, fácilmente se advierte que no se trata de un contrato de esta naturaleza, por cuanto no se estipuló precio en dinero. Y como, por otra parte, no encuadra dicho contrato en ninguna categoría de las que define la ley civil, debe concluirse que se está en presencia de un contrato innominado.

Expresa la cláusula primera antes trascrita que la venta o enajenación de la zona se hace "para la carretera que ha de construírse a Oriente, en conformidad a la Ordenanza número 7, de 28 de marzo de 1913." Esta cláusula, tomada aisladamente del resto del contrato, no puede interpretarse como contentiva de una obligación clara por parte del Departamento de destinar la zona negociada para la carretera de Oriente; pues los términos empleados no excluyen la interpretación de que la cláusula tuviera tan sólo por objeto enunciar el fin que el Departamento se proponía con la adquisición de la zona, y sin que ello implicara compromiso de destinarla a tal fin.

Mas no ocurre lo propio si se pone en relación la referida cláusula con otras del contrato. Ya se vio que el precio de la zona quedó representado en el valor que invirtiera el Departamento en la construcción de cercas a uno y otro lado de la faja, y en el beneficio que recibía la finca con el paso de la carretera. De aquí aparece que el vendedor o cedente de la faja no recibía en definitiva como compensación de lo que daba sino el beneficio del paso de la carretera por su predio, ya que la construcción de las cercas a los costados de la zona cedida no puede estimarse en sí misma como un provecho o mejora de la finca del cedente, sino como una obligación del adquirente de la zona para separar ésta de los predios contiguos. En otros términos: si el levantamiento de las cercas se imponía sólo en atención a la construcción de la carretera a fin de aislar ésta de los predios vecinos, es indudable que tales cercas constituían una necesidad de la carretera y no una mejora para las fincas contiguas a ésta.

Ahora bien: si el cedente de la zona no recibía en compensación del valor de ésta sino el beneficio del paso de la carretera por su predio, es fuera de duda que este beneficio era el fin primordial que aquél perseguía al desprenderse de la zona cedida, en términos que puede decirse que sin la perspectiva de ese provecho no habría negociado en las condiciones en que lo hizo.

Este concepto se corrobora con la lectura de la cláusula sexta, en la cual se estipuló que si la carretera no se llegaba a construir por cualquier causa, quedaba virtualmente sin fuerza ni valor el contrato, y con lo de la cláusula cuarta, conforme a la cual la faja cedida debía ser entregada al Departamento inmediatamente que se diera comienzo a los trabajos de construcción de la carretera dentro de la finca del enajenante. Estas estipulaciones, unidas a las dos que anteriormente se analizaron, no dejan la menor duda de que el móvil inmediato que tuvo el cedente para traspasar al Departamento el dominio de la zona de que se trata, fue el de obtener para su finca el beneficio que le representaba la construcción de la carretera, y que en tal virtud dicha construcción vino a constituir una obligación para el Departamento al aceptar el contrato en las condiciones estipuladas.

Mas si la obligación de construir la carretera aparece clara de las cláusulas del contrato, no sucede otro tanto en orden al compromiso que contrajera el Departamento de mantener a perpetuidad la carretera, y de no destinarla en ningún tiempo a otro servicio distinto; pues sobre este punto no contiene el contrato estipulación alguna que permita considerar al Departamento ligado con aquella obligación. Pudo estar en la mente del cedente obtener a perpetuidad para su finca el beneficio del servicio de la carretera; pero si esto fue así, ha debido consignarse esa intención en el contrato, a fin de que conocida ella por el Departamento, la aceptación de éste hubiera venido a determinar el concurso de voluntades requerido para la formación del vínculo contractual. La simple intención de una de las partes no constituye obligación para la otra, mientras no sea conocida y aceptada por ella.

Síguese de lo anterior que habiendo el Departamento cumplido la obligación que contrajo de construir la carretera y darla al servicio público, como aparece comprobado en los autos y como lo confiesa paladinamente el demandante, el hecho de que la Empresa del Tranvía de Oriente hubiera posteriormente ocupado la zona de la carretera, no puede acarrearle responsabilidad a la entidad Departamento.

Y como precisamente la violación del contrato de que pretende el actor derivar la indemnización de perjuicios que demanda se hace depender del hecho de haber ocupado la zona de la carretera la indicada Empresa del Tranvía de Oriente, con la anuencia del Departamento, se concluye rectamente no estar justificada la infracción alegada, ni consiguientemente la obligación de indemnizar los perjuicios que se reclaman.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada, sin costas, por fundarse este fallo en razones distintas a las expuestas por el Tribunal.

Cópiese y notifíquese este fallo, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase a su tiempo el proceso.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá envía a esta corporación, en consulta, la sentencia de veintinueve de julio último, por la cual el nombrado Tribunal condenó a la Nación a pagar a Jenaro Garzón y Belén Riveros de Garzón la suma de doscientos noventa y dos pesos ($ 292), a título de indemnización por causa del accidente de trabajo que produjo la muerte de Carlos Garzón, hijo legítimo de aquéllos.

Los hechos en que los nombrados cónyuges Garzón y Riveros de Garzón fundaron la demanda que culminó en el fallo que se deja relacionado, fueron estos:

"1. Carlos Garzón estaba trabajando en la carretera nacional de Bogotá a Villavicencio, ganando jornal de un peso diario.

"2. A consecuencia de un accidente de trabajo, Carlos Garzón sufrió una rodada al río, de donde lo sacaron para morir al siguiente día.

"3. Los demandantes son los padres legítimos de Carlos Garzón."

En cuanto al derecho, se apoyaron los actores en lo dispuesto por la Ley 57 de 1915 y sus concordantes.

El señor Fiscal 1º del Tribunal contestó la demanda en estos términos:

"Me opongo a que se decrete la indemnización, por carecer los actores de título para obtenerla, y no ser el

caso de accidente de trabajo que obligue a la Nación, comoquiera que la construcción de la carretera a Villavicencio se realizó por medio de contratos particulares, los que eximían a la Nación de responsabilidad por los accidentes que ocurrieran. Además, según el dicho actor, Garzón devengaba un salario superior al que señala la ley como límite para tener derecho a indemnización por accidentes de trabajo (artículo 1°, Ley 57 de 1915)."

Los hechos los contestó así:

"Al 1° No me consta.

"Al 2° No me consta.

"Al 3° Es cierto.

"El derecho invocado en la demanda no es pertinente."

Habiéndose surtido en la Corte la tramitación propia de esta clase de negocios, se procede a dictar la correspondiente decisión.

Con las pruebas aportadas al juicio por la parte actora, se encuentra probado lo siguiente:

a) Que el martes de la semana santa de mil novecientos veintinueve, estando Carlos Garzón trabajando en la obra de la carretera de Oriente, un derrumbe de tierra cayó sobre aquél y lo arrastró hasta el Rionegro, causándole la muerte, la cual ocurrió al día siguiente de aquel accidente. De este hecho dan testimonio los testigos presenciales Carlos Guevara y Francisco Gutiérrez, quienes declararon durante el término probatorio del juicio, y la partida de defunción expedida por el Cura Rector de Quetame, de la cual aparece que el nombrado Garzón falleció al día siguiente de aquel en que ocurrió el accidente de que se trata.

b) Que el mismo Carlos Garzón ganaba en la expresada carretera un jornal de ochenta centavos cuando ocurrió el suceso antes mencionado, lo cual se halla acreditado con las copias autorizadas tanto por la Contraloría General de la República como por el Tesorero Contador de la misma carretera, de las nóminas de obreros que trabajaron en dicha obra en la semana comprendida del veinticinco al treinta y uno de marzo de mil novecientos veintinueve.

c) Que la carretera de Oriente es vía nacional, y que durante el año de mil novecientos veintinueve la construcción de la expresada vía estuvo a cargo de la Nación, según consta del certificado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, con fecha veintitrés de abril del año en curso; y

d) Carlos Garzón era hijo legítimo de los demandantes, como aparece de las respectivas partidas de matrimonio y de bautismo, expedidas por el Cura párroco de Fosca.

Comprobados así los hechos fundamentales de la demanda, la Corte acoge en cuanto a las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, la exposición que al respecto hace el Tribunal en los siguientes términos:

"El accidente de que aquí se trata reúne las condiciones determinadas en el artículo 1° de la Ley 57 de 1915, puesto que ha sido un suceso imprevisto y repentino sobrevenido por causa y con ocasión del trabajo. La parte demandada no ha alegado ninguna de las circunstancias que, de conformidad con el artículo 2° ibídem, eximen de responsabilidad al patrono, es decir, que el accidente se haya debido a la culpa del obrero, a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produjo, a imprudencias o descuido del operario, a ataque súbito de enfermedad que lo privara de sus facultades mentales o de las fuerzas físicas, o a violación de los reglamentos. Consecuencialmente, tampoco se ha probado en el juicio que el accidente haya ocurrido en alguna de esas circunstancias. Por tanto, la demanda debe prosperar, ya que, de conformidad con el undécimo inciso del artículo 6° de la citada Ley, 'si no hay viuda ni hijos legítimos, la indemnización será para los ascendientes legítimos, por iguales partes'; ya que no aparece de los autos que Carlos Garzón haya dejado viuda o hijos legítimos.

"Carlos Garzón se encontraba en el caso previsto en el artículo 5° de la Ley 32 de 1925, porque su salario, según lo dicho, era inferior a tres pesos diarios, y ejecutaba trabajo por cuenta de la Nación.

"Ahora: de acuerdo con el ordinal **d)** del citado artículo 6°, la indemnización que corresponde a los herederos en el caso de muerte del obrero, será 'igual al jornal entero de un año'; y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 56 de 1926, 'el día de descanso domingo u otro, en todos los trabajos realizados por cuenta de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, deberá ser remunerado, como también los demás días de fiesta nacional o religiosa.'

"De modo que el monto de la indemnización a que está obligada la Nación en el presente caso, se obtiene sencillamente multiplicando 365 por $ 0-80, operación que da un resultado de doscientos noventa y dos pesos ($ 292)."

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia consultada.

Cópiese y notifíquese este fallo, publíquese en el órgano de la Corte, y devuélvase el proceso.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre veinte de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

A la demanda ordinaria que ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán tiene instaurada el doctor Camilo Muñoz C., en su carácter de apoderado especial de la señora Julia Ordóñez viuda de Lenis y otros, contra la Nación, sobre indemnización del valor de una zona de terreno en la hacienda de **San Julián** y otras prestaciones, el señor Fiscal de dicho Tribunal, en tiempo hábil, propuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, así:

"En mi calidad de representante de la Nación, y estando dentro del término que tengo para contestar la demanda, propongo la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, la cual fundo así:

"Con la referida demanda se trata de contradecir el avalúo hecho en el juicio de expropiación de una zona de terreno de propiedad de los demandantes de la hacienda de **San Julián**. Según el artículo 21 de la Ley 35 de 1915, la contradicción del avalúo deberá hacerse ante el mismo Juez que conoció del juicio principal, que en este caso es el juicio de expropiación de que se ha hecho mérito, y según consta de las copias que han acompañado a la demanda; dicho juicio se ventiló ante el señor Juez del Circuito de Santander, por tanto, es a dicho funcionario a quien corresponde conocer de este juicio."

Al evacuar el traslado de las excepciones, la contraparte razonó así:

"Si por razones especialísimas, que conoce usted, el legislador ha dado jurisdicción a los Jueces de Circuito en los juicios de expropiación seguidos por la Nación, no tratándose ya de la expropiación propiamente, sino de prestaciones consecuenciales a ella, corresponde la competencia al Tribunal, por haber desaparecido tales razones. Consumada la expropiación como lo está, no tiene lugar la **competencia especial** de los Jueces de Circuito, y la demanda se basa precisamente en que la expropiación se llevó a cabo: la Nación consignó el precio de la zona, el Juez entregó la zona, la Nación la ocupó e hizo la carretera de **San Julián.** Nada queda pendiente para los fines de la expropiación."

Abierto a pruebas el incidente y recibidas las que el demandado en él solicitó, el Tribunal, en sentencia de doce de junio del año en curso resolvió la cuestión propuesta, declarando no probada la excepción de que se ha hecho mérito. Y como el señor Fiscal interpuso recurso de apelación, que elevó los autos a este Despacho, donde, legalmente tramitada la segunda instancia, sin que el señor Procurador haya emitido ninguna opinión al respecto, se pasa a decidir lo que se estima jurídico, mediante las siguientes consideraciones:

El Tribunal, por su parte, sentó estos conceptos en el fallo que se revisa:

"El artículo 12 de la Ley invocada por el señor Fiscal reza:

'En los términos de los anteriores artículos y de las Leyes 56 y 119 de 1890, que se reforman y adicionan, se procederá en todos los casos de expropiación, menos cuando se trate de predios destinados a la construcción de vías férreas, pues entonces el procedimiento que ha de observarse es el indicado en los artículos que siguen.'

"De esta suerte, el artículo 21 de dicha Ley, a que se acoge el señor Fiscal, es aplicable únicamente cuando se trata de expropiaciones relacionadas con vías férreas. Entonces sí, la contradicción a un avalúo por causa de error esencial o de dolo en la estimación de la cosa expropiada debe hacerse en juicio ordinario y **ante el mismo Juez que conoció** del juicio especial de expropiación. En los demás casos—ya que ese artículo consagra una excepción—debe seguirse la regla general sobre competencia de los Tribunales, consagrada en el numeral primero del artículo 7° de la Ley 169 de 1896, que dice:

'Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocerán en primera instancia:

'1° De los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación, con excepción de los que se expresan en el artículo 40 de la Ley 147 de 1888, cualesquiera que sean su naturaleza y su cuantía.' "

Los anteriores conceptos son exactos en lo que se refiere a que el artículo 21 de la Ley 35 de 1915, invocado por el excepcionante, no tiene aplicación, tratándose de expropiaciones para carreteras, como ocurre en este caso. Por lo demás, se hace presente que la Corte tiene resuelto por numerosas decisiones, que la competencia para los juicios de expropiación en que sea parte la Nación, la tienen los respectivos Tribunales Superiores con arreglo a la misma disposición invocada por el Tribunal a quo, o sea el numeral 1°, artículo 7°, Ley 169 de 1896, y de acuerdo, además, con lo establecido en el ordinal 3° del artículo 151 de la Constitución.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes el auto que ha sido materia de su revisión.

Cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

En el escrito que antecede solicita el apoderado de Eduardo L. Gerlein & Compañía, que se revoque el auto de diez y seis de mayo último, por el cual el Juez de Rentas Nacionales del Atlántico, en ejercicio de jurisdicción coactiva, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra sus representados, por la suma de $ 249-90, procedentes de derechos de importación.

Sirvió de base al auto ejecutivo las copias de los reconocimientos practicados por la Administración de la Aduana de Barranquilla, a cargo de los ejecutados y a favor del Tesoro Nacional.

Estos reconocimientos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1096, ordinal 2°, del Código Judicial, presta mérito ejecutivo, y, por tanto, fue librado por el funcionario ejecutor el mandamiento de pago.

Los ejecutados, quienes apelaron de ese proveído, lo tachan de ilegal ante esta corporación, alegando que las glosas de la Contraloría que dieron lugar a los reconocimientos, fueron formulados extemporáneamente, y acompañan en apoyo de su aserto las copias de un certificado de la Contraloría, referente a las fechas en que se recibieron allí varias cuentas de la Aduana de Barranquilla.

La Sala no puede en este estado del juicio tener en cuenta esa alegación, pues ella constituye una defensa que, como tál, sólo tiene cabida en otro estado de la causa, o sea en el incidente de excepciones perentorias que la ley permite proponer. Ni tampoco puede ahora hacerse pie en el documento presentado; pues es sabido que en la apelación de un auto interlocutorio, como es el que se revisa, no hay campo ni oportunidad para examinar las pruebas que las partes alleguen durante el curso de la apelación.

La otra objeción, consistente en que los ejecutados no fueron los introductores de las mercancías, sino que la recibieron en calidad de comisionistas, es cosa que también requiere pruebas, y del mérito de éstas—acaba de decirse—no puede juzgarse en la apelación de un auto.

A la Sala le basta saber, por ahora, que los reconocimientos están a cargo de Eduardo L. Gerlein & Compañía. Ese es el nombre del deudor que resulta del documento que sirve de base a la ejecución. Si en realidad los expresados señores no lo fueren, oportunidades presenta la ley para demostrarlo. Por ahora es imposible saber si el reconocimiento se ha hecho a cargo de persona no responsable.

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre

de la República y por autoridad de la ley, **confirma** con costas el auto apelado. Tásanse ellas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, noviembre cuatro de mil novecientos treinta.

Vistos:

En escrito de veintinueve de octubre de mil novecientos veintitrés, el Departamento del Tolima, por medio de apoderado, demandó ante el Tribunal Superior de Bogotá, a **The Dorada Extension Railway Limited,** sociedad inglesa, que tiene su domicilio principal en Londres y aquí en Bogotá, entre otros lugares de la República, ciudad esta última en donde se halla representada por el señor Warden Urquart, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se hagan en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Sociedad demandada debe al Departamento demandante la cantidad líquida de cuarenta mil cuatrocientos setenta y siete pesos ochenta y dos centavos ($ 40,477-82), en moneda corriente, que representa el saldo deducido a cargo de la extinguida Sociedad **The Dorada Railway Company Limited,** de la que es sucesora la demandada, y a favor de dicho Departamento, por razón de la participación que a éste correspondía de cinco centavos por cada carga de ciento cincuenta kilogramos, que habían sido transportados por el ferrocarril de La Dorada, desde el primero de agosto de mil ochocientos ochenta y tres hasta el veinticinco de diciembre de mil ochocientos noventa y uno, al tenor de la cláusula cuarta del artículo 2º del contrato celebrado entre el extinguido Estado Soberano del Tolima, antecesor jurídico del Departamento del mismo nombre, y el señor Francisco J. Cisneros, causante de la Compañía dicha.

"Segunda. Que sobre la suma expresada en la petición anterior, la Compañía demandada debe al Departamento demandante intereses, a la tasa legal del seis por ciento anual, así: sobre cinco mil pesos, desde el primero de julio de mil ochocientos noventa y dos; sobre diez mil pesos, desde el primero de julio de mil ochocientos noventa y tres; sobre diez mil pesos, desde el primero de julio de mil ochocientos noventa y cuatro, y sobre quince mil cuatrocientos sesenta y siete pesos ochenta y dos centavos, desde el primero de julio de mil ochocientos noventa y cinco.

"Tercero. Que la Sociedad demandada debe pagar al Departamento demandante la cantidad de cinco centavos en moneda corriente por cada carga de ciento cincuenta kilogramos, que se haya transportado y se siga transportando en el ferrocarril de La Dorada, desde el día veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventa y uno hasta que termine la explotación de dicho ferrocarril por parte de la Compañía, al tenor de lo pactado en la cláusula cuarta del contrato citado en la primera petición de esta demanda.

"Cuarta. Que sobre las sumas que debe la Compañía al Departamento por la dicha participación, no liquidadas hasta hoy, debe pagar aquélla a éste intereses a la tasa del seis por ciento anual, desde el día diez y siete del presente mes de octubre hasta que se verifique el pago.

"Quinta. Que la Compañía demandada está en la obligación de permitir que el Departamento demandante tenga un inspector que vigile el movimiento de transporte de la carga en el ferrocarril de La Dorada, en los términos declarados en la expresada cláusula cuarta del contrato en la primera petición.

"Sexta. Y que la Compañía demandada, si afronta la litis, debe pagar al Departamento demandante las costas del juicio."

Adujo el demandante los siguientes hechos:

"Primero. El día siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno se celebró un contrato entre el Estado Soberano del Tolima y el señor Francisco J. Cisneros, sobre construcción y explotación de la obra conocida con el nombre de ferrocarril de La Dorada, en cuyo artículo 2º, modificación cuarta, se estipuló lo que se copia en seguida:

'4ª En compensación de las concesiones que se hacen por este contrato, Cisneros o sus cesionarios se comprometen a pagar al Gobierno del Estado Soberano del Tolima, desde el día primero de agosto de mil ochocientos ochenta y tres, cinco centavos por cada carga de ciento cincuenta kilogramos de peso, de las que transitan por el ferrocarril. Y si se considera necesario, el Gobierno del Estado del Tolima mantendrá un empleado, que costeará y nombrará libremente, para que inspeccione el movimiento del transporte por el ferrocarril.'

"Segundo. La Compañía demandada es cesionaria actual del señor Francisco J. Cisneros y la que explota el ferrocarril de La Dorada.

"Tercero. Ni el señor Cisneros, ni la Compañía que se denominó The Dorada Railway Company Limited, antecesores jurídicos de la demandada, ni ésta, le han pagado, ni al Estado Soberano del Tolima, ni al Departamento del mismo nombre, la participación de que trata el hecho distinguido con el ordinal primero.

"Cuarto. Con excepción de la liquidación que se hizo el veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventa y uno, entre el Departamento del Tolima y la Compañía llamada The Dorada Railway Company Limited, no se ha hecho ninguna otra, antes ni después de esa fecha, ni entre los primitivos contratantes ni entre sus sucesores jurídicos.

"Quinto. El Departamento del Tolima ha reconvenido judicialmente a la Compañía demandada para que le pague la participación de que trata el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, a partir del veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventa y uno."

En derecho se fundó esta demanda en los artículos 50 y 51 del Acto legislativo número 3 de 1910, reformatorio de la Constitución, y en los artículos 1602, 1608, 1617 y sus concordantes del Código Civil.

El apoderado de la Compañía demandada contestó esta demanda, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas, y respondiendo a los hechos en la forma siguiente:

"Al primero. Niego que el siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno se celebrara un contrato entre el Estado Soberano del Tolima y el señor Francisco J. Cisneros, sobre construcción y explotación de la obra conocida con el nombre de ferrocarril de La Dorada. Entre el Estado Soberano del Tolima y el señor Cisneros se ce-

lebró en esa fecha un contrato para la construcción de un ferrocarril entre La Dorada y Honda o sus inmediaciones, ferrocarril que es sólo una parte del conocido con el nombre de ferrocarril de La Dorada, como lo dicen el encabezamiento de ese contrato y el contrato a que éste se refiere, no para la construcción de todo el ferrocarril de La Dorada.

"La estipulación copiada en el punto que contesto, es estipulación del contrato a que me refiero, para la construcción de la parte indicada de este ferrocarril, y se refiere, por lo mismo, a esa parte y nó a todo el ferrocarril.

"Al segundo. La Sociedad demandada explota el ferrocarril de La Dorada. Si lo que significa la afirmación hecha en este punto de que la Sociedad demandada es cesionaria actualmente del señor Cisneros, es que la obligación de pagar cinco centavos por carga, de que trata la estipulación copiada en el punto primero, sea obligación de esta Sociedad a virtud de una novación por sustitución de deudor, niego que ello sea así.

"Al tercero. Convengo en que ni el señor Cisneros, ni la Sociedad que se denominó The Dorada Railway Company Limited, ni la Sociedad demandada han pagado, ni al Estado Soberano del Tolima, ni al Departamento del mismo nombre (no sé a cuál de los Departamentos del mismo nombre se refiera el punto que contesto; pero sea cual fuere, a ninguno se le ha pagado) la participación de cinco centavos por carga; pero niego que el señor Cisneros y aquella Sociedad sean antecesores de la demandada en la obligación de pagar esa participación, puesto que **ésta no es sucesora de ellos en tal obligación.**

"Al cuarto. Convengo en que, con excepción de la liquidación que se hizo el veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventa y uno, entre el entonces Departamento del Tolima y The Dorada Railway Company Limited, no se ha hecho ninguna otra, ni entre los primitivos contratantes ni entre sus sucesores; pero reitero que la Sociedad demandada no es sucesora en la obligación de pagar la participación de cinco centavos por carga.

"Al quinto. Si el Departamento del Tolima a que se refiere el punto quinto, es el actual Departamento del Tolima, que no es acreedor, ni podía reconvenir por lo mismo, convengo en que ha reconvenido judicialmente a la Sociedad demandada para que le pague la participación de que trata el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, a partir del veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventa y uno."

Negó el demandado que las disposiciones de derecho citadas de la demanda le prestaran fundamento, y terminó en la forma siguiente:

"A mi ver, la objeción de que el demandante no es el acreedor, como no lo es, constituye una defensa y no una excepción, en el sentido propio de esta palabra; pero como entre nosotros las excepciones se entienden en un sentido lato, si mejor procediere proponer una excepción, propongo la perentoria de la ilegitimidad de la personería del demandante, o sea que el Departamento demandante no es el acreedor, si se suponen las obligaciones, porque ni fue contratante, y las obligaciones se hacen dimanar de contratos, ni es adjudicatario de los derechos del contratante o de los contratantes con quienes pretende formar una sola y misma persona. Los fundamentos de esta excepción, de hecho y de derecho, son los mismos de la excepción dilatoria dicha, los cuales pido que se tengan por reproducidos aquí.

"Propongo, además, las siguientes excepciones:

"II. La de inepta demanda. La demanda es sustantivamente inepta, porque está dirigida contra quien no es el deudor, suponiendo las obligaciones; en relación con esta excepción cabe observar lo mismo que respecto de la primera, pero la propongo como tál, en atención a que las excepciones, repito, se entienden entre nosotros en el sentido de todo medio de defensa.

"Son fundamentos de hecho y de derecho de esta excepción, los mismos que se le dieron a la excepción dilatoria de inepta demanda, fundamentos que pido se tengan aquí por reproducidos.

"III. Extinción de las obligaciones cuya existencia pide el demandante que se declare.

"Fundo esta excepción en el artículo 1625 del Código Civil, y en estos hechos:

"1. Por el artículo 1º del contrato entre el Departamento del Tolima, el creado por la Constitución del año de 1886, y The Dorada Railway Company, de catorce de julio de mil ochocientos noventa y seis, que corre publicado en el número 690 del **Registro Oficial** del Tolima, correspondiente al diez y ocho de agosto del mismo año, del cual se presentó un ejemplar con la demanda, el Departamento cedió a esa Sociedad, o mejor dicho, le remitió o condonó lo que resultare a deberle el día primero de marzo de mil ochocientos noventa y ocho, por motivos de la obligación al pago de los cinco centavos por carga. Y es de advertir que si, conforme al artículo 7º, el Gobernador declararía rescindido administrativamente ese contrato en caso de que no se cumplieran ciertas obligaciones dentro de cierto plazo, casi todas esas obligaciones fueron cumplidas, como lo reconoció la Asamblea Departamental en la Ordenanza número 9 de 1898, y, en todo caso, la rescisión o la caducidad del contrato no ha sido declarada. Esta Ordenanza puede consultarse en el número 774 del mismo periódico oficial del cual también se presentó un ejemplar con la demanda.

"2. Por el artículo 1º de la Ordenanza citada, el Departamento del Tolima prorrogó el término para el cumplimiento de las obligaciones que quedaban por cumplir: construír tres puentes de hierro, hasta el primero de julio de mil ochocientos noventa y nueve; y antes de la expiración de la prórroga, los tres puentes fueron construídos de hierro. (Véase el considerando quinto del contrato que se elevó a escritura pública por la 2270, de veintinueve de diciembre de mil novecientos cinco, de la Notaría 2ª de Bogotá, de la cual presentó una copia mi parte en el término de prueba de las excepciones dilatorias). Es de advertir que la Ordenanza citada y los memoriales a que ella se refiere, son la prueba de un contrato entre el Departamento y esa Sociedad. La condonación de la participación de los cinco centavos por carga hasta el primero de marzo de mil ochocientos noventa y ocho, quedó, pues, en firme, y es incontrovertible.

"3. Por los artículos 2º y 3º de la misma Ordenanza, se declaró la participación de los cinco centavos subvención del Departamento a la Empresa del Ferrocarril de la Dorada, esto es, el Departamento renunció a la participación, siempre que se cumplieran ciertas condiciones, de las cuales la de construír los puentes de hierro dentro de cierto término, se cumplió, como queda dicho, y la de dar principio a los trabajos de construcción de la prolongación hacia el sur de la línea, dentro de cierto término, también se cumplió. (Véase el con-

trato de la escritura 2270 citada, el mismo considerando 5º); y las otras dos, para continuar los trabajos de esa prolongación y dar al servicio el trayecto, no se cumplieron por caso fortuito: la guerra civil, que principió el diez y ocho de octubre de mil ochocientos noventa y nueve. (Véase el considerando 7º del mismo contrato).

"4. Por otra Ordenanza, la número 18 de 1899 (se presentó con la demanda un ejemplar del número 818 del periódico oficial citado, donde corre publicada esa Ordenanza), se exigió a la Sociedad nombrada la celebración de un contrato dentro de cierto término, para que la otra ordenanza surtiera sus efectos; pero es claro que el contrato que resultaba de esa otra ordenanza y los memoriales que la motivaron, no podía ser modificado por sólo otra ordenanza. Sin embargo, la Sociedad se presentó por medio de apoderado a celebrar el contrato; pero la Gobernación no consideró suficientes los poderes, y se limitó en Resolución número 845, de 10 de octubre de 1899, a dar por establecidas en tiempo las gestiones para la celebración del contrato.

"5. En contrato de veinte de diciembre de mil novecientos cinco, que se elevó a escritura pública por la número 2270, de la cual corre copia en los autos, entre el Gobierno de la República y The Railway Company, se declaró a paz y salvo a la Empresa del Ferrocarril con el Departamento del Tolima.

"En cuanto a la validez y eficacia de este contrato, como fundamento de ellas, y con lo cual fundo también en derecho la excepción, cito la regla **error communis facit jus,** porque fue error de todos, en efecto, considerar al Gobierno, durante el régimen que se ha llamado del Quinquenio, con facultades omnímodas; y las fundo también en que en el hecho, y con el consentimiento de todos y el reconocimiento posterior, y, por lo mismo, con efectos en derecho, el Gobierno durante ese régimen ejerció, en efecto, facultades omnímodas.

"IV. Prescripción extintiva. Fundo esta excepción en los artículos 2535 y siguientes del Código Civil, y en estos hechos:

"1. Hasta la notificación de la demanda habían transcurrido más de veinte años desde los vencimientos de los cuatro contados, en los cuales debía pagarse la cantidad líquida, conforme a la única liquidación practicada, y que se reclama en primer lugar de la demanda.

"2. La participación posterior en los años anteriores, en veinte años, por lo menos, a la notificación de la demanda, está en el mismo caso. Han transcurrido los veinte años de la prescripción.

"3. Como el derecho mismo a la participación no se ha ejercido en más de veinte años, nada ha recibido el acreedor por la participación, ese derecho está extinguido por prescripción."

Antes de ser contestada esta demanda, se surtió un incidente de excepciones dilatorias, que el Tribunal desató en el sentido de declarar que no estaban probadas las propuestas, y que la Corte confirmó.

Terminada la tramitación de primera instancia, el Tribunal falló el pleito, absolviendo a la Compañía demandada de los cargos formulados en la demanda.

Al serle notificado el fallo al personero del Departamento interpuso apelación, en virtud de la cual han llegado los autos al conocimiento de esta Sala, en donde, después de un incidente de exhibición, propuesto por el mismo personero del Departamento, y cumplidos los trámites de la segunda instancia, se procede a dictar el fallo que le ponga término.

El día siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno se celebró entre el entonces Estado Soberano del Tolima y el señor Francisco J. Cisneros un contrato de concesión privilegiada para la construcción y explotación de un ferrocarril entre La Dorada y Arrancaplumas u Honda, y construcción de un puente sobre el río Gualí, en esta última ciudad, contrato en que se estipuló, a favor del Estado Soberano del Tolima, lo siguiente:

"En compensación de las concesiones que se hacen por este contrato, Cisneros o sus cesionarios se comprometen a pagar al Gobierno del Estado Soberano del Tolima, desde el día primero de agosto de mil ochocientos ochenta y tres, cinco centavos por cada carga de ciento cincuenta kilogramos de peso, de las que transiten por el ferrocarril, y si se considera necesario, el Gobierno del Estado del Tolima mantendrá un empleado que costeará y nombrará libremente, para que inspeccione el movimiento del transporte por el ferrocarril." (**Gaceta del Tolima,** número 334).

Y en veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventa y uno se celebró otro contrato entre el ya Departamento del Tolima y la Compañía del Ferrocarril de La Dorada, de cuya cláusula primera aparece que la indicada Compañía resultaba a deber al Departamento, por concepto de la participación de los cinco centavos por carga de ciento cincuenta kilogramos transportada por el ferrocarril, desde mil ochocientos ochenta y tres hasta la fecha del contrato, la suma de cuarenta mil cuatrocientos setenta y siete pesos con ochenta y dos centavos ($ 40,477-82); y aparece de la misma cláusula que para el pago de esta suma se establecieron plazos. (**Registro Oficial** número 444, página 83 del cuaderno principal).

En el presente juicio, el actual Departamento del Tolima demanda a la Sociedad anónima denominada The Dorada Extension Railway Limited, para que se le condene a pagarle tanto los cuarenta mil cuatrocientos setenta y siete pesos con ochenta y dos centavos ($ 40,477-82), liquidados en el contrato de veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventa y uno, como la suma ilíquida que resulte a deberle en razón de los cinco centavos por carga de ciento cincuenta kilogramos, de que habla el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, devengados desde la vigencia del contrato de mil ochocientos noventa y uno hasta que se verifique el pago, más los intereses legales de una y otra suma desde que se causaron a deber hasta que se haga el pago.

Por lo que se desprende de autos, la controversia ha girado alrededor de este triple cuestionario, que la Corte plantea y estudia sucesivamente, y según sea la solución que de él se dé, así habrá de quedar resuelta la litis.

1º ¿Es el actual Departamento del Tolima sucesor jurídico del del mismo nombre en las relaciones del contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, celebrado entre éste y el señor Francisco J. Cisneros, o, en otros términos, es el actual Departamento del Tolima el titular o dueño del crédito que a favor del antiguo Estado Soberano del mismo nombre, se originó en el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno expresado, y una parte del cual fue liquidado en el contrato de veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventa y uno?

2º ¿Es la Sociedad **The Dorada Extension Railway Limited**, demandada en autos, sucesora jurídica de Francisco J. Cisneros, en las relaciones del contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, celebrado entre este señor y el antiguo Estado Soberano del Tolima, o en otros términos, es la Sociedad **The Dorada Extension Railway Limited** la responsable actual del crédito que, a cargo de Francisco J. Cisneros, se originó del contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, y una parte del cual fue liquidado en el contrato de veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventa y uno?

3. Por alguno de los medios que, según la ley, extinguen las obligaciones, ¿se ha extinguido acaso la que por el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno nació a cargo de Francisco J. Cisneros y a favor del antiguo Estado Soberano del Tolima, y que hoy afirma que pesa sobre **The Dorada Extension Railway Limited**, y que pertenece al actual Departamento del Tolima?

Primera cuestión. Conforme al artículo 4º de la Constitución Nacional, en consonancia con el 188 de la propia obra, las secciones que componían la Unión Colombiana, denominadas Estados, continuaron con los mismos límites, pero con la denominación de Departamentos, al verificarse el cambio del régimen federal al unitario del país, y los bienes, derechos y valores que a aquellos Estados habían venido perteneciendo pasaron a éstos, bajo la condición de que les pertenecerían **mientras tuvieran existencia legal.** Pero el artículo 5º de la misma Constitución, y el 2º del Acto legislativo número 3 de 1905, autorizan al legislador para modificar la división territorial de la República, y en virtud de esa doble autorización, se expidieron las Leyes 17 y 46 del año citado, por la primera de las cuales se segregaron del Departamento del Tolima algunos Municipios, que se anexaron al del Cauca, y por la segunda, se creó, con las Provincias del Sur del antiguo Departamento del Tolima, el Departamento del Huila.

En virtud de las primeras disposiciones citadas, o sea los artículos 4º y 188, el Departamento del Tolima sucedió al extinguido Estado del mismo nombre en su personalidad político-administrativa y en su personalidad civil, si bien no en aquello que se refiriera a la personalidad política de que disfrutaba el antiguo Estado Soberano como elemento integrante de una entidad federal que había desaparecido.

Y en virtud de las otras disposiciones constitucionales, atrás enunciadas, y de las leyes de que se ha hecho mérito, si bien se afectó la integridad territorial del Departamento del Tolima con aquellas segregaciones, se mantuvo siempre intacta su personalidad jurídica, tanto político-administrativa como civil, o, en otros términos, continuó su plena **existencia legal**, y, por lo mismo, siguió siendo adjudicatario legítimo de los bienes que habían pertenecido al antiguo Estado Soberano del Tolima, salvo, naturalmente, aquellos que se refirieran a la materialidad del territorio que corrían la suerte de las porciones en donde se hallaren radicados.

Mirando el tránsito de la legislación federal a la legislación unitaria, puede hablarse de sucesión del Departamento del Tolima respecto del Estado del mismo nombre, pues así lo dicen claramente los preceptos constitucionales números 4 y 188, pero de ahí en adelante no es propio decir que el Departamento del Tolima, que subsistió a pesar de las desmembraciones enunciadas, hubiera sucedido al **creado por la Constitución de 1886;** pues en todo ello lo que hubo fue subsistencia de la persona jurídica denominada Departamento del Tolima.

Mas vino la Ley 1ª de 1908, y en fuerza de ella se extinguió totalmente el Departamento del Tolima que la expresada Constitución creó, y en su lugar nacieron otras entidades denominadas Departamento de Ibagué y Departamento de Honda. Y como consecuencia, los bienes, derechos y valores de aquel Departamento pasaron al dominio del Estado, no solamente por virtud del **principio de derecho público** que alega el abogado de la parte demandada, sino por mandato expreso del artículo 7º de la mencionada Ley 1ª de 1908, así como también porque habiendo dejado el expresado Departamento del Tolima de tener **existencia legal**, se resolvió la adjudicación de los bienes, derechos y valores del Estado Soberano del Tolima que se le había hecho por el artículo 188 de la Constitución.

Pero la inexistencia del Departamento del Tolima fue muy breve, del primero de enero de mil novecientos nueve a primero de abril de mil novecientos diez, fecha en que por mandato de la Ley 65 de 1909, se restableció la división territorial que existía en el país en primero de enero de mil novecientos cinco, es decir, en primero de abril de mil novecientos diez nació a la vida nuevamente el extinguido Departamento del Tolima, y por lo ordenado en el artículo 6º de la misma Ley 65, se encontró al nacer con el patrimonio de bienes, derechos y valores que le habían pertenecido en treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuatro.

De modo que el Departamento del Tolima, creado por la Ley 65 de 1909, vino a ser sucesor en el patrimonio de bienes que en treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuatro pertenecía al extinguido por la Ley 1ª de 1908, y si en tal patrimonio se hallaba comprendido el crédito materia de este juicio, es obvio que él también pasó al dominio del nuevo Departamento del Tolima, como sucesor del anterior.

Del primero de abril de mil novecientos diez en adelante, el régimen territorial de Colombia, en lo que se refiere al Departamento del Tolima, se ha mantenido idéntico, salvo la desmembración del Departamento del Huila, pero siempre subsistiendo la persona jurídica; pues esta simple modificación territorial en nada podría afectarla.

En consecuencia, como lo resuelve el Tribunal, "la entidad seccional denominada Departamento del Tolima —parte demandante—es, a los ojos de la ley, la misma persona jurídica que sucedió al Estado Soberano del mismo nombre y con el carácter de agente activo de todos los derechos y acciones que pertenecían a dicho Estado Soberano por mandato expreso de la Constitución," y que pertenecieron al Departamento del Tolima que extinguió la Ley 1ª de 1908, en treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuatro.

Resuelta en esta forma la primera cuestión planteada para desatar la controversia, es consecuencia que no puede prosperar la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandante propuesta por la contraria.

Segunda cuestión. Respecto de la personería de la parte demandada a que se contrae la segunda cuestión de las tres que se han propuesto para desatar la litis, además de las claras razones aducidas por el Tribunal en el fallo apelado (folios 186 a 188 del cuaderno principal), la Corte tiene en cuenta, para llegar a la conclusión de que dicha personería está suficientemente acreditada en los autos:

Al tenor del artículo 1765 del Código Civil, las escrituras públicas hacen fe entre las partes, aun en lo meramente enunciativo, cuando esto tiene relación con lo dispositivo del acto o contrato. Teniendo presente este precepto, y como lo relatan las escrituras número 667, de doce de septiembre de mil ochocientos ochenta y ocho (folios 9 vuelto a 35 del cuaderno de pruebas de la segunda instancia), otorgada en la ciudad de Honda, y la número 1929, otorgada el veinticuatro de octubre de mil novecientos cuatro, en Bogotá (folios 11 a 19 del cuaderno número 2, de las excepciones dilatorias), el señor Francisco J. Cisneros cedió la mitad de sus derechos en la concesión con privilegio que, para construir y explotar el ferrocarril de La Dorada y el puente sobre el río Guali, cerca de Honda, le había otorgado el Gobierno del Estado Soberano del Tolima en el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, y esta cesión o traspaso la hizo Cisneros a Ribón Castro & Compañía, por escritura número 277, de dos de octubre de mil ochocientos ochenta y cuatro. De las mismas escrituras arriba mencionadas, aparece que Ribón Castro & Compañía traspasó a José Germán Ribón los derechos que habían adquirido de Cisneros en la aludida concesión con privilegio.

José Germán Ribón y Francisco J. Cisneros, ya únicos dueños de la concesión a que se refiere el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, traspasaron ésta a la sociedad anónima denominada The Dorada Railway Company Limited, por la escritura número 667, de doce de septiembre de mil ochocientos ochenta y ocho, arriba citada, y esta Compañía, a su vez, transfirió la misma concesión a The Dorada Extension Railway Limited, por contrato que se hizo constar en la escritura número 1929, de veinticuatro de octubre de mil novecientos cinco, escritura que se ha mencionado antes, y en la cual aparece el consentimiento del Gobierno Nacional.

Todas las transferencias o traspasos de la concesión del ferrocarril de La Dorada se hicieron sin exceptuar obligación alguna de las que emanaban del primitivo contrato de concesión de mil ochocientos ochenta y uno; pues no aparece de los instrumentos de que se ha hecho mérito, que el cedente hubiera reservado a su cargo alguna o algunas de las obligaciones que pesaban sobre el ferrocarril a favor del Estado Soberano del Tolima o del Departamento del mismo nombre, y forzoso era que esas transferencias se cumplieran en esos términos, es decir, en la totalidad de las obligaciones, por ser doctrina jurídica universalmente aceptada por tratadistas y tribunales, que las concesiones administrativas forman una unidad indivisible en materia de gravámenes. Y si en los traspasos anteriores no aparece el consentimiento ni del Estado Soberano ni del Departamento, en el sentido de aceptar el nuevo deudor, es necesario advertir que dicho consentimiento pudo prestarse expresa y tácitamente, y si faltó el primero, no puede decirse lo propio del segundo, que quedó suficientemente establecido con el hecho de haber instaurado el Departamento del Tolima demanda contra el actual cesionario, la Sociedad demandada, hecho que significa aceptación, tanto del traspaso que a dicha Sociedad se hizo, como de todos los que le precedieron. (Folio 187 vuelto, cuaderno número 16).

Habiéndose, pues, transmitido sin solución de continuidad la concesión a que se refiere el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, celebrado entre el Estado Soberano del Tolima y Francisco J. Cisneros, desde éste hasta la entidad demandada The Dorada Extension Railway Limited, y habiéndose verificado esas transmisiones con todas las obligaciones emanadas de la concesión, y estando el crédito que se reclama dentro de aquellas obligaciones, es obvio que la entidad demandada es sucesora de Francisco J. Cisneros en la responsabilidad de ese crédito, en el caso de no haberse extinguido por alguno de los medios que reconoce la ley, no siendo, por tanto, eficaz la excepción de inepta demanda, igualmente propuesta por la parte demandada.

Tercera cuestión. La tercera cuestión, o sea la relativa a la extinción o subsistencia del crédito que se reclama en este juicio, la resuelve el Tribunal en el fallo apelado, en el sentido de que por virtud del acto de disposición que el Gobierno Nacional hizo del aludido crédito, por el contrato de veintinueve de diciembre de mil novecientos cinco (fojas 1ª y siguientes del cuaderno número 3), acto que, aunque de disposición de cosa ajena, fue revalidado por la Ley 1ª de 1908, tal crédito salió del patrimonio del Departamento demandante, y se extinguió como deuda a cargo de la Compañía demandada. Y para llegar a esta conclusión, dice el Tribunal que es cierto que cuando la Nación dispuso del crédito demandado no le pertenecía, y agrega que no es menos cierto que la Ley 1ª de 1908 revalidó esa disposición, conforme a los principios contenidos en los artículos 752 y 1875 del Código Civil.

La Sala disiente de este modo de juzgar el Tribunal, pues estima que otro fue el medio por el cual se extinguió el crédito demandado.

En efecto, no es discutible que la Nación haya podido disponer, como de cosa ajena, del crédito materia de este juicio, y que tal disposición hubiera sido revalidada por la Ley 1ª de 1908 que se ha venido citando; pero como tal disposición se hizo a título oneroso, es decir, con ánimo de compensar dicho crédito con la deuda de la Nación a favor de la Empresa del Ferrocarril, por perjuicios ocasionados en la guerra civil de 1899 a 1903, debió ante todo examinar el Tribunal si la Compañía **The Dorada Railway Company Limited** era en la fecha del contrato de veintinueve de diciembre de mil novecientos cinco, acreedora de la Nación, pues si no lo era, es claro que la compensación no era el medio idóneo para que la Nación dispusiera eficazmente del crédito del Departamento del Tolima; pues por tal contrato dicha Compañía nada daba a la Nación en cambio de la obligación que ésta le remitía, y, por tanto, dicha remisión, por parte del Gobierno Nacional, carecería de causa alguna.

Y no era **The Dorada Railway Company Limited** acreedora de la Nación el nueve de diciembre de mil novecientos cinco, porque dicha Sociedad había cedido por contrato anterior, de fecha veinticuatro de octubre del propio año, y con autorización del Gobierno, a **The Dorada Extension Railway Company Limited**, no sólo la Empresa del Ferrocarril de la Dorada, sino todo el activo y pasivo de esta Empresa, y entre el activo tenía que encontrarse, puesto que no se hizo excepción alguna, el crédito de la Empresa contra la Nación por indemnización de daños ocasionados en la guerra civil citada. En forma que cuando **The Dorada Railway Limited** dijo que remitía a la Nación este último crédito, en el contrato de veintinueve de diciembre, ya no era propietaria de él, pues lo había cedido a **The Dorada Extension Railway Limited**; de modo que la remisión que a su turno hacía la Nación a aquella entidad en el mismo contrato,

carecía manifiestamente de causa y no podía tener existencia legal. (Véase folio 16 vuelto, cuaderno número 2°).

A esto agrega que, siendo la intención de las partes verificar una compensación, para que este fenómeno jurídico hubiera podido cumplirse, se requería, como condición esencial, que los contratantes asumieran la calidad de acreedores y deudores recíprocos, y ya se ha visto que **The Dorada Railway Company Limited** no era acreedora de la Nación al tiempo de celebrarse el pretendido contrato de compensación, pues su derecho lo había traspasado, en contrato anterior, a la entidad demandada en este juicio. De modo que no se puede aceptar que haya intervenido compensación que extinguiera el crédito que se reclama en autos.

Alega la parte demandada que el Acto legislativo número 7 de 1905 quitó a los Departamentos la facultad de contratar sobre vías férreas, y que, en consecuencia, sólo la Nación podía celebrar contratos que se refirieran al ferrocarril de La Dorada. En esta alegación se confunde la facultad que tomó para sí el Estado de contratar sobre construcción y explotación de vías férreas, con la necesaria para disponer de un crédito que era de propiedad del Departamento por haberlo adquirido legítimamente en uso de una facultad que le había otorgado la Constitución de 1886, y haber nacido en virtud de un contrato anterior al acto citado. Pero dado que no existiera la conclusión que se anota, ya se ha visto que el contrato de veintinueve de diciembre de mil novecientos cinco no pudo tener vida jurídica, por haberse tratado de compensar con **The Dorada Railway Company Limited**, después que esta entidad había cedido sus derechos en la Empresa del Ferrocarril, y no poder, en consecuencia, remitir a la Nación la obligación que ésta tenía con dicha Empresa.

Mas la parte demandada excepciona también de prescripción, y lo hace en los siguientes términos:

"Hasta la notificación de la demanda habían transcurrido más de veinte años, desde los cuatro contados en los cuales debía pagarse la cantidad conforme a la única liquidación practicada, y que se reclama en primer lugar en la demanda.

"La participación posterior en los años anteriores de veinte años, por lo menos, a la notificación de la demanda, está en el mismo caso. Han transcurido los veinte años de la prescripción.

"Como el derecho mismo a la participación no se ha ejercitado en más de veinte años, o sea en más de veinte años nada ha recibido el acreedor por la participación, ese derecho está extinguido por prescripción."

De tal modo que la excepción de prescripción que propone la parte demandada, se refiere tanto a los cuarenta mil cuatrocientos setenta y siete pesos liquidados en mil ochocientos noventa y uno, como a las cantidades devengadas con veinte años de anterioridad a la fecha de notificación de la demanda, y a todo derecho de participación del Departamento en la explotación del ferrocarril, por concepto de la carga transportada, a razón de cinco centavos por carga de ciento cincuenta kilogramos de peso.

Es indudable que por obra de la prescripción se ha extinguido el derecho de cobrar los cuarenta mil cuatrocientos setenta y siete pesos liquidados en mil ochocientos noventa y uno; pues desde el primero de julio de mil ochocientos noventa y cinco, fecha en que se venció el último plazo para el pago del último contado de esa deuda, hasta el nueve de noviembre de mil novecientos veintitrés, en que se notificó la demanda, van transcurridos más de los veinte años que, para producirse este efecto, señala el artículo 2536 del Código Civil, relacionado con el segundo inciso del artículo 2535 de allí; porque tratándose, como efectivamente se trata, de una obligación personal, que pretende cobrarse mediante la acción ordinaria, el tiempo señalado para la prescripción, en este caso los veinte años, deben contarse desde que la obligación se hizo exigible; y como el último plazo para el pago de aquella cantidad se venció desde el primero de julio de mil ochocientos noventa y cinco, hay que concluír que la obligación de pagarla está prescrita, por extinción de la acción y del derecho correspondiente.

Idéntica conclusión debe deducirse respecto del pago de las cantidades debidas al Departamento con ocasión de la ejecución del contrato, y relativas a la participación de los cinco centavos por carga de ciento cincuenta kilogramos, durante la explotación del ferrocarril en el tiempo anterior a los veinte años que precedieron a la notificación de la demanda, esto es, al nueve de noviembre de mil novecientos veintitrés.

No sucede lo propio en relación con el derecho a la participación dicha en los veinte años anteriores a la notificación de la demanda, es decir, al derecho de cobrar la participación estipulada en el contrato, desde el nueve de noviembre de mil novecientos tres hasta la fecha de la notificación de la demanda; pues tratándose de obligaciones sucesivas que se extinguen por el transcurso del tiempo, y contándose este tiempo desde que ellas se hacen exigibles de acuerdo con el inciso del artículo 2535 del Código Civil, debe entenderse que, como sucesivas que son, el tiempo de la prescripción debe contarse desde que pudo demandarse el cumplimiento de tales obligaciones; y como por obra de la sucesión hay tantos créditos cuantas obligaciones nacen, su extinción debe apreciarse refiriéndola a los distintos momentos de su exigibilidad; habiendo, por consiguiente, distintas y particulares prescripciones, con punto de partida diferentes.

En último término alega la entidad demandada la prescripción del derecho mismo a la participación, por no haberse ejercido en más de veinte años, o sea por no haberse recibido nada del acreedor por concepto de participación durante el lapso expresado. En esta alegación la parte demandada establece distinción entre los créditos provenientes de la participación estipulada y el derecho abstracto a dicha participación, para alegar la extinción de este último derecho, por no haberse ejercitado durante más de veinte años.

A esto observa la Sala:

En la tercera postulación de la demanda se pide sea condenada **The Dorada Extension Railway Limited** a pagar al Departamento demandante la cantidad de cinco centavos moneda corriente por cada carga de ciento cincuenta kilogramos que haya transportado el ferrocarril de La Dorada, desde el día veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventa y uno hasta que termine la explotación de dicho ferrocarril por parte de dicha Compañía. Como se ve, aquí no se pide declaración alguna sobre el derecho abstracto de la parte demandante a la participación de que se trata, sino el reconocimiento y pago de los créditos reales y concretos provenientes de la indicada participación; y, por tanto, no puede ser procedente una excepción que va contra una acción que no ha sido ejercitada en el juicio.

Mas aun admitiendo que sí fuera objeto de demanda el derecho abstracto a la participación, y que por este aspecto fuera viable la excepción que contra dicho derecho se hace valer, no lo sería, sin embargo, por otras razones no menos claras, como se verá en seguida.

Establece el inciso del artículo 2535 del Código Civil, que el tiempo para la prescripción extintiva se cuenta "desde que la obligación se ha hecho exigible." De acuerdo con esta regla, la prescripción de que se trata no empieza a contarse sino desde que exista una obligación determinada, cuyo cumplimiento pueda demandarse judicialmente, y sólo con respecto de tal obligación. De aquí se deduce rectamente que la prescripción extintiva de acciones, salvo disposición especial que establezca para determinados casos lo contrario, no tiene cabida respecto de derechos que no revistan el carácter de obligaciones exigibles judicialmente. Ahora bien: como el derecho a la participación, considerado en sí mismo e independientemente de los créditos sucesivos que van naciendo a favor del Departamento y a cargo de la Compañía, a medida que se van realizando los hechos previstos en el contrato para que tales créditos tomen nacimiento, o sea a medida que se van efectuando los transportes de carga por el ferrocarril; como ese derecho abstracto, así considerado, por más que transcurran los meses y los años, no constituye nunca para la Compañía demandada una obligación a determinada prestación, cuyo cumplimiento pueda el Departamento demandar ante los Tribunales, síguese que el indicado derecho no está sujeto a prescripción extintiva, una vez que no hay ni puede haber punto de partida para empezar a contar dicha prescripción.

Y es que el derecho a la participación, tomado en sí mismo y aisladamente del transporte de carga por el ferrocarril, no es un derecho perfecto, por cuanto no constituye a la Compañía demandada en la obligación de hacer prestación alguna a favor del Departamento. Esto pone de manifiesto que el titulado derecho no es en realidad sino un elemento generador de los derechos sucesivos de crédito que van naciendo a favor del Departamento con los transportes de carga que va realizando la Empresa del Ferrocarril, puesto que los indicados créditos son el producto de la concurrencia de estos dos factores:

1º La estipulación contractual que creó para el Departamento el derecho a un provento de cinco centavos por cada carga que transportara el ferrocarril, que es lo que constituye el derecho abstracto a la participación; y

2º El hecho de los transportes de carga efectuados por el ferrocarril. Por este otro aspecto tampoco es susceptible de prescripción el indicado derecho abstracto, pues lo que prescribe es la acción o el derecho que reviste el carácter de obligación exigible, no los simples elementos o factores de ese derecho.

El Código colombiano, al establecer en su artículo 2535 que el tiempo de la prescripción se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible, o sea desde que haya acción para demandar el cumplimiento de la obligación, aventaja en claridad y precisión—en tratándose de derechos personales—a otros códigos extranjeros, entre ellos al francés y al italiano, que no contienen una disposición semejante, y donde la doctrina de los expositores ha tenido que suplir el silencio de la ley, para llegar a la misma conclusión consagrada por la ley colombiana, o sea a la de que la prescripción no empieza a contarse sino desde que haya acción para demandar el cumplimiento de la obligación.

Baudry Lacantinerie y Tisier se expresan sobre el particular así:

"Existe una teoría que goza de mucho crédito, y que Laurent ha sostenido con gran habilidad. Para saber, se dice, cuándo comienza a correr la prescripción para los derechos de crédito o personales, que son los únicos que son objeto del artículo 2257, entre otros términos, cuál es el punto de partida de la prescripción de un derecho de crédito, basta recordar la definición de la prescripción extintiva. Hemos dicho que ella constituye un medio de liberación, resultante de la inacción del acreedor durante el tiempo determinado por la ley. La prescripción extintiva de los derechos personales no aparece aquí como un modo particular de extinción de las obligaciones; ella tiene por resultado anonadar la acción que tenía el acreedor para obtener la ejecución de la obligación. Razonablemente, pues, no debe poder comenzar a correr sino desde que la acción del acreedor ha nacido, porque no se concebiría que la prescripción pudiese ejercer su influjo sobre una acción que no existe aún. Esta verdad elemental es la que expresa el antiguo adagio **Actioni non natae non praescribitur**, y que la costumbre de París había consagrado en su artículo 117:

'Respecto de la renta vitalicia de viudas **(douaire)** y otras acciones que no han nacido aún, el tiempo de la prescripción no comienza a correr sino desde el día en que la acción ha sido viable.'

"De allí se sigue que si un derecho de crédito es condicional o a término, la prescripción no podrá comenzar sino a partir de la realización de la condición o del vencimiento del término. Hasta entonces el acreedor tiene en verdad un derecho, mas no tiene todavía acción, y, por consiguiente, la prescripción no puede correr contra él, por cuanto ésta dice relación a la acción. La prescripción, dice Laurent, no se concibe donde no hay acción, puesto que ella no ha sido introducida sino para extinguir las acciones." **(Traitée Theorique et Practique de Droit Civil.** Volumen XXV, número 287).

Georgi, en su **Teoría de las Obligaciones**, se produce de la siguiente manera:

"A nuestro parecer la fórmula de la ciencia moderna, **actio natae**, establecida por la escuela alemana, es la que provee el exacto criterio para suplir el silencio de la ley. Si esta fórmula es insuficiente cuando se quiere adoptar por los doctos para denotar la falta de la obligación de ejercitar la acción, viene a ser exacta cuando se adopta para afirmar que no incurre en inercia el acreedor cuando falta la posibilidad jurídica de ejercitar la acción; quien no tiene derecho para demandar, es quien verdaderamente puede decir: **non valenti agere, non currit praescriptio.**"

Y no se aduzca como argumento de analogía con el caso actual la disposición del artículo 2300 del Código Civil, según la cual el derecho a la renta vitalicia prescribe independientemente de los cánones periódicos de ésta, por el transcurso de más de treinta años, sin que la renta se haya percibido o demandado, pues antes bien, el hecho de que el legislador hubiera establecido esta prescripción especial, está indicando que en concepto del mismo legislador, el caso de la renta vitalicia no está comprendido en las reglas generales sobre prescripción, y que sin la disposición excepcional de que se trata, solamente había lugar a que prescribieran conforme a las normas generales los cánones de la renta una vez devengados, mas no el derecho mismo a la renta. De donde se

sigue a **contrario sensu**, que no existiendo disposición alguna especial que haya establecido la prescripción de derechos, tales como el de la participación, a que se viene haciendo referencia, no puede tener lugar dicha prescripción.

Aparte de esto, existe una diferencia bastante palpable entre el derecho a la renta vitalicia y el derecho a la participación tántas veces mencionada; pues una vez perfeccionado el contrato de renta vitalicia, ésta se devenga por el solo transcurso del tiempo, al paso que las participaciones estipuladas entre el Departamento y los concesionarios del ferrocarril no genera derecho alguno efectivo sino mediante la concurrencia de hechos posteriores, los transportes de carga por la ferrovía. De suerte que el contrato de renta vitalicia genera por sí solo acción, en tanto que la estipulación sobre participaciones sólo produce acción con la concomitancia de hechos posteriores.

Con referencia a la declaración tercera solicitada en la demanda, y mediante la cual se exige la condenación de la Compañía a pagar al Departamento la participación de los cinco centavos de que aquí se trata, "hasta que termine la explotación de dicho ferrocarril por parte de la Compañía, al tenor de lo pactado en la cláusula cuarta del contrato citado en la primera petición de la demanda," la Corte se abstiene de hacer tal declaración, porque no está demostrado que con posterioridad a la fecha de la notificación de la demanda, tal explotación se haya verificado, y porque mientras esa explotación no exista respecto de lo futuro, no existe la obligación de dicho pago, desde luégo que ella es la que lo genera.

La quinta declaración solicitada es procedente, desde luégo que tiende a hacer efectiva una estipulación del contrato, en virtud de la cual se reconoce al Departamento el derecho de tener un inspector que vigile el movimiento de transporte de la carga en el ferrocarril; cláusula que debe ser lealmente cumplida.

Por las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de prescripción en lo relativo al pago de la cantidad de cuarenta mil cuatrocientos setenta y siete pesos ochenta y dos centavos en moneda corriente, y de los intereses de esta misma suma que aparecen demandados; así como también en lo relativo al pago de la participación de los cinco centavos por carga de ciento cincuenta kilogramos, y durante la explotación del ferrocarril en el tiempo anterior al nueve de noviembre de mil novecientos tres. No se declara probada dicha excepción de prescripción respecto a la participación de los cinco centavos por carga de ciento cincuenta kilogramos durante la explotación del ferrocarril de La Dorada, comprendida desde el nueve de noviembre de mil novecientos tres en adelante. En consecuencia, háncense las siguientes declaraciones:

1ª Condénase a The Dorada Extension Railway Limited, sociedad inglesa, que tiene domicilio en Londres y en Bogotá, a pagar al Departamento del Tolima, previo el correspondiente juicio de cuentas, en el cual debe liquidarse el monto de la suma debida, la participación que corresponde a aquella entidad en la explotación del ferrocarril de La Dorada, a razón de cinco centavos por carga transportada, de ciento cincuenta kilogramos de peso, y durante el lapso transcurrido desde el nueve de noviembre de mil novecientos tres hasta el nueve de noviembre de mil novecientos veintitrés, fecha de la notificación de la demanda.

2ª Condénase también a la mencionada Compañía demandada al pago de los intereses del seis por ciento anual en favor de la entidad actora en este juicio, sobre las sumas liquidadas, intereses que se contarán desde el diez y siete de octubre de mil novecientos veintitrés, fecha en que dicha Compañía aparece requerida para efectuar el pago de tales sumas.

3ª No es el caso de mandar pagar la participación de cinco centavos por carga, ya expresada, en el tiempo posterior a la notificación de la demanda.

4ª La Compañía demandada está en la obligación de permitir que el Departamento demandante tenga un inspector que vigile el movimiento de transporte de la carga en el ferrocarril de La Dorada, en los términos que declara la cláusula cuarta del contrato.

5ª Absuélvese a la citada Compañía de todos los demás cargos deducidos en el libelo de la demanda.

6ª Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia. Sin costas.

Cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Luis Felipe Rosales.

Fui ponente en este asunto, y como tál presenté proyecto de sentencia. La Sala lo acogió en todas sus partes, pero en la cuestión relacionada con la prescripción, hizo una distinción, consistente en admitir que estaba cumplida en lo tocante a los cuarenta mil cuatrocientos setenta y siete pesos ochenta y dos centavos ($ 40,477-82), materia de la primera petición, y en lo relativo a la participación del Departamento en el tiempo anterior al nueve (9) de noviembre de mil novecientos tres (1903); y no así en lo que se refiere a la misma participación durante el lapso transcurrido de la fecha últimamente expresada hasta el nueve (9) de noviembre de mil novecientos veintitrés (1923).

Mi proyecto admitía la prescripción total. Hé aquí, en lo pertinente, su contenido, y en el cual me apoyo para disentir de la opinión de la mayoría:

"Mas la parte demandada excepciona también de prescripción, y lo hace en los siguientes términos:

"Hasta la noticia de la demanda habían transcurrido más de veinte años desde los cuatro contados en los cuales debía pagarse la cantidad conforme a la única liquidación practicada, y que se reclama en primer lugar de la demanda.

"La participación posterior en los años anteriores en veinte años por lo menos a la notificación de la demanda, está en el mismo caso. Han transcurrido los veinte de la prescripción.

"Como el derecho mismo a la participación no se ha ejercitado en más de veinte años, o sea en más de veinte años nada ha recibido el acreedor por la participación, ese derecho está extinguido por prescripción."

De tal modo que la excepción de prescripción que propone la parte demandada se refiere tanto a los cuarenta mil cuatrocientos setenta y siete pesos liquidados en mil ochocientos noventa y uno, como a las cantidades deven-

gadas con veinte años de anterioridad a la fecha de notificación de la demanda y a todo el derecho de participación del Departamento en la explotación del ferrocarril, por concepto de la carga transportada, a razón de cinco centavos por carga de ciento cincuenta kilogramos de peso.

Como la última prescripción propuesta abarca las dos anteriores, la Sala entra a examinar si ella se ha cumplido, pues si lo está, no hay necesidad de examinar las otras.

La última gestión eficaz del Departamento, tendiente a mantener vivo su derecho a los cinco centavos por carga de ciento cincuenta kilogramos transportada, se remonta a la resolución de quince de septiembre de mil ochocientos noventa y nueve, por la cual la Gobernación del Departamento del Tolima, en cumplimiento de la Ordenanza número 18 de 1899, comisionó al señor Manuel J. Gallego B. para que, con intervención del apoderado de la Compañía del Ferrocarril, hiciera la liquidación de lo que ésta resultara a deber al Departamento por concepto de la participación tántas veces indicada, a partir de la liquidación practicada en veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventa y uno. Fue esa la última intervención eficaz, porque de ella se enteró la Compañía antecesora de la demandada, como que reclamó de la aludida resolución por medio de su apoderado señor Melo (páginas 157 y 158 del cuaderno principal), y aunque intervino el período de la guerra civil, enmarcado entre el diez y ocho de octubre de mil ochocientos noventa y nueve y el primero de julio de mil novecientos tres, que son las fechas de los decretos que declararon turbado y restablecido, respectivamente, el orden público en el país, período que puede considerarse como inhábil, para que el Departamento reclamara la participación aludida y cortara el lapso de tiempo para que la acción del Departamento prescribiera; sin embargo, aun partiendo de la última fecha enunciada—primero de junio de mil novecientos tres—hasta el día de la contestación de la demanda—noviembre de mil novecientos veintitrés—corrieron los veinte años necesarios para que prescribiera la acción que tenía el Departamento para cobrar la participación que le correspondía por concepto de cinco centavos de cada carga transportada por el ferrocarril; y habiendo prescrito la acción para exigir el crédito total o indeterminado de la participación, prescribió también la acción para cobrar los cuarenta mil cuatrocientos setenta y siete pesos liquidados en noviembre de mil ochocientos noventa y uno.

Los abogados del Departamento sostienen que por la celebración del contrato de veintinueve de diciembre de mil novecientos cinco se interrumpió la prescripción, en atención, agregan, a las declaraciones que en dicho contrato hizo **The Dorada Railway Company Limited**, reconociéndose deudora del Departamento por el crédito en cuestión. La Corte estima que es inexacto afirmar que la Compañía contratante, en el contrato de veintinueve de diciembre citado, se hubiera reconocido deudora del Departamento, y que antes bien dicen lo contrario las siguientes palabras contenidas en la cláusula primera del convenio aludido:

"1º Llenados como están los compromisos de la Compañía para con el Departamento del Tolima, y careciendo éste de facultad actualmente para celebrar pacto alguno con aquélla, y no teniendo hoy la Empresa sino las obligaciones contraídas para con el Gobierno Nacional...."

Por otra parte, ya se ha visto que cuando el referido contrato de veintinueve de diciembre se celebró, **The Dorada Railway Company Limited** había cedido todos sus derechos en la Empresa del Ferrocarril, a **The Dorada Extensión Railway Limited**, de tal modo que en el supuesto de ser ciertas las confesiones que en el mencionado contrato se dice haber hecho la Compañía contratante, no podían afectar a **The Dorada Extension**, ni comprometer sus derechos; pues que, con respecto a esta última entidad, el contrato de veintinueve de diciembre era **res inter alios acta.**

Ni vale decir que consistiendo el derecho del Departamento a participar en los proventos de la Empresa del Ferrocarril en cantidades que devengaba sucesivamente, sólo pueden estimarse prescritas aquellas que se han devengado con una anterioridad mayor de veinte años a la notificación de la demanda, no así las devengadas con una anterioridad menor a la propia notificación; pues para hacer deshacer tal afirmación bastaría distinguir entre el derecho a cobrar la participación ya devengada por las cargas transportadas, y el derecho mismo a la participación, derecho este que tiene su primer momento y forma de ejercicio, en pedir la liquidación de él al cabo de cierto tiempo. Es este derecho abstracto que no ha tenido ni siquiera ese primer momento de efectividad durante tan largo tiempo, el que la Sala considera prescrito, ¿porque en qué virtud podría él sustraerse a la prescripción a que está sujeto todo derecho, conforme a reglas generales de nuestra legislación? Es obvio que de estar él provisto de esta ventajosa condición, lo estaría por fuerza de un texto expreso de la ley como un caso excepcional. El hecho de estar ese derecho constituído por cantidades que se devengan sucesivamente, no es óbice para que se prescriba, en los mismos términos en que prescribe la renta temporal, tipo del derecho compuesto de cuotas sucesivas. Y que la renta temporal prescribe, lo dice el argumento **a contrario sensu**, que se deduce de estar sujeta a prescripción aun la renta vitalicia, cuando se deja de percibir y demandar por más de treinta años continuos. (Código Civil, artículo 2300).

La tesis contraria llevaría al absurdo de que el Departamento hubiera podido dejar correr cien años sin tratar de hacer efectivo su derecho a la participación aludida, sin que ello le hubiera acarreado otro perjuicio que el de que se le declararan prescritas las cuotas correspondientes a los primeros ochenta y un años, pero no las devengadas en los diez y nueve últimos. Se mantendría con el mismo criterio un estado indefinido o de incertidumbre para el deudor, que es precisamente a lo que la ley quiere poner término por medio de la prescripción.

Bogotá, noviembre cuatro de mil novecientos treinta.

Luis F. Rosales—Luzardo Fortoul—Becerra—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

En el juicio promovido por la Nación, mediante su representante judicial, contra el Municipio de Natagaima, ante el Tribunal Superior de Ibagué, y para obtener la expropiación de un lote en que debía construírse el hospital del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá, el Tribunal dictó su sentencia de diez y seis de mayo del año en curso, en la que fijó la suma de seis mil cuatrocientos sesenta y dos pesos setenta y ocho centavos ($ 6,462-78) moneda corriente, como valor que la Nación debe pagar

al Municipio dicho por razón de la indemnización correspondiente.

En grado de consulta ha venido el negocio a la Corte, y estando agotada la tramitación que corresponde, se pasa a resolver lo que se estima jurídico.

Ya en otra ocasión, y sobre un negocio semejante, esta Sala dijo lo siguiente:

"Bajo el imperio del artículo 35 de la Ley 100 de 1892, las sentencias contra la Nación, los Departamentos y los Municipios debían siempre consultarse con el superior, al no ser apeladas."

El artículo 30 de la Ley 169 de 1896 modificó el anterior, en el sentido de hacer consultables dichas sentencias, en el caso de que ellas declararan alguna obligación a cargo de tales entidades.

En el presente caso, ninguna obligación se le ha impuesto a la Nación; pues lejos de haber sido condenada, ella obtuvo lo que se proponía en la demanda de expropiación que promovió para obtener la faja de terreno a que se alude. Es cierto que debe pagar al Municipio de Natagaima la suma de seis mil cuatrocientos sesenta y dos pesos setenta y ocho centavos como compensación de la cosa que recibe; pero esto, como es obvio, no significa prestación que provenga de sentencia condenatoria, sino simplemente el medio de hacer efectivo el derecho que adquirió.

Por tanto, esta corporación, en desacuerdo con el señor Procurador General de la Nación, quien pidió la revocación del auto, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **se abstiene** de revisar la providencia consultada.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

Guillermo García, en escrito que tiene fecha catorce de febrero del presente año, y hablando en representación de Nicolás Guerrero, ocurre de hecho ante esta Sala para que se le conceda apelación del acuerdo que, con fecha veintinueve de enero último, dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, por el cual no se accedió a recibir como abogado al expresado señor Nicolás Guerrero.

La apelación del mencionado acuerdo no fue concedida por el Tribunal, porque "las cuestiones relacionadas con la citada Ley fueron atribuídas por éste a la única y exclusiva competencia de los Tribunales en la Sala de Acuerdo, y no sometidas a dos instancias, como cree entenderlo el peticionario."

La petición que se ha hecho a esta Sala lo ha sido dentro de los términos de la ley, conforme a ella también se ha tramitado, y es tiempo ya de decidir si se otorga o nó la apelación impetrada.

El fundamento sobre que descansa, es que el Tribunal, al negar la inscripción de abogado al señor Guerrero, dictó una decisión judicial, una sentencia, un fallo, que, como todo fallo o sentencia, está sujeto a apelación.

Para resolver, se considera:

Ya esta Sala, en asunto igual al que se estudia, resolvió que tratándose de una cuestión que no tiene carácter de juicio o controversia, no puede tener dos instancias, para que se surta la primera ante el Tribunal y la segunda ante esta Sala. Y terminó sentando que las providencias que, en virtud de la Ley 62 de 1928 dictan los Tribunales Superiores, no tienen carácter de autos o fallos, sino que son simples acuerdos, por lo mismo, no apelables. (Auto de 25 de septiembre de 1929).

A esto se agrega que el Tribunal, en caso como el que se estudia, no obra como entidad de índole judicial propiamente dicha, sino con cierto carácter técnico, que verdad sabida y buena fe guardada, decide sobre si el peticionario ha sido o nó consagrado como abogado, por haber ejercido cierto cargo durante cierto tiempo. Obra el Tribunal en estos casos en ejercicio más bien de autoridad científica en la misma forma que una Facultad profesional o un instituto docente; y así como a nadie se ocurriría apelar de la resolución de éste o de aquélla en que se negara el título de idoneidad a uno de sus discípulos, contra las resoluciones de los Tribunales Superiores en función de la Ley 62, no se puede interponer apelación alguna.

Por las razones que preceden, la Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de conceder la apelación que solicita el señor Guillermo García.

Notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, diciembre cuatro de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

Con base en los reconocimientos visibles a fojas 1 a 2 del expediente, hechos por la Aduana de Barranquilla, y el aviso de la Contraloría, número 625, de fecha 6 de noviembre de 1929, que estudió las cuentas correspondientes, el Juzgado de Rentas Nacionales del Atlántico, mediante la jurisdicción coactiva de que está investido, dictó mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra Luis Pérez Ch., y a favor del Tesoro Nacional, por la suma de trescientos quince pesos con ochenta y ocho centavos ($ 315-88), por los intereses de la mora sobre esta suma, a razón del uno por ciento mensual y por las costas del juicio.

Notificado de esta providencia el señor Luis Pérez Ch., en el propio acto interpuso recurso de apelación contra ella, recurso que le fue concedido para ante esta Sala de la Corte, donde legalmente sustanciado, se procede hoy a decidir acerca de su mérito jurídico.

Del estudio de los documentos que han servido de base para dictar el auto reclamado, se saca la conclusión que ellos reúnen las condiciones exigidas por los artículos 47 de la Ley 40 de 1907 y 180 de la Ley 105 de 1890, puesto que de ellos resulta una obligación expresa, clara y exigible de pagar una cantidad líquida de dinero, y se encuentran otorgados y escritos con las formalidades legales, siendo de los mencionados en el artículo 1096 del Código Judicial y teniendo el Juez que decretó la ejecu-

ción la facultad legal correspondiente. De manera que la actuación hasta aquí no pudo tener otra consecuencia que la prevista en la disposición del artículo 1008 del Código citado, y por consiguiente hay que concluír que el auto reclamado ninguna tacha legal tiene que pueda invalidarlo en su esencia y consecuencia.

Y por ello la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes el auto reclamado y del cual se ha hecho mención, declarando a la vez que las costas del recurso son de cargo de la parte que lo interpuso.

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

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

VARIOS

DECRETO NUMERO 106

(de 19 de septiembre de 1932)

por el cual se honra la memoria del doctor José Félix de Restrepo, se establece un Museo de Historia Patria y de Ciencias Naturales en la Universidad, se crea un premio al esfuerzo para los maestros del Departamento y se toman otras disposiciones con motivo del centenario de la muerte de aquel prócer.

El Gobernador del Departamento,

en uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

1º Que el 23 de septiembre próximo se cumple el primer centenario de la muerte del distinguido jurisconsulto, Magistrado, profesor y soldado de la Independencia doctor José Félix de Restrepo;

2º Que el doctor José Félix de Restrepo, como maestro caracterizado, se distinguió por las más altas prendas que la pedagogía reconoce como esenciales en quienes ejercen la sublime misión del magisterio, y que al decir de sus biógrafos, "el doctor Restrepo trataba en la clase a todos sus discípulos con afectuosa y delicada cortesía como si fueran hombres ya formados y cultos, y de esta manera los inducía a portarse como tales, sin que ellos cayeran en la cuenta. No se oyeron nunca en su clase regaños o reconvenciones acres ni se vieron castigos duros de otro género. Cuando algún cursante cometía una falta y ésta debía de ser gravísima, demostraba con dignidad y dulzura los inconvenientes de tal proceder sin lastimar el orgullo....";

3º Que como profesor insigne, formado en las clásicas disciplinas del Colegio de San Bartolomé, fue innovador de nota en el sistema de enseñanza de la filosofía, con la cual honró la cátedra en el Seminario de Popayán y en la ciudad de Medellín, y formó espíritus de selección como Caldas, Alejandro Vélez, Juan María Gómez, Pedro Uribe Restrepo y otros varones ilustres;

4º Que como jurisconsulto y Magistrado honró con sus virtudes y sus obras a la alta Corte de Justicia de Bogotá, al Cabildo de Medellín, al Colegio Revisor del Estado de Antioquia, al Colegio Electoral de Ríonegro, al Congreso Constituyente de Cúcuta, del cual fue su primer Presidente, al Consejo de Gobierno en donde fue colaborador de Bolívar y de Santander, y al Congreso de 1830;

5º Que una de sus labores que consagraron definitivamente su gloria y le han hecho un templo de gratitud en el corazón del pueblo colombiano, fue la ley de la manumisión de esclavos, aprobada en el Cuerpo Legislativo de Antioquia el 20 de abril de 1814 y en el Congreso Constituyente de Cúcuta, con cuyo motivo, dice don Mariano Ospina, "olvidaránse las constituciones, las leyes y discursos que más han entusiasmado a los habitantes de este país; y los historiadores de los siglos futuros recordarán con aprobación y elogio esta ley redentora y el nombre ilustre de su autor,"

DECRETA:

Artículo 1º Declárase como día grande el próximo 23 de septiembre, fecha centenaria de la gloriosa efemérides.

Artículo 2º Todas las escuelas y colegios del Departamento celebrarán actos especiales en ese día y a ellos concurrirán las autoridades locales.

Artículo 3º Créase el salón **José Félix de Restrepo,** en el edificio de la Facultad de Derecho, en el cual la Universidad hará la consagración de un museo de historia patria y de ciencias naturales.

Parágrafo. El Gobierno Departamental procurará dentro de las facilidades del Presupuesto, dar los auxilios correspondientes para el debido acondicionamiento de aquel salón, y pasará allí, mientras la Asamblea dispone lo concerniente, en calidad de depósito, todos los objetos pertenecientes al Museo de Zea.

Artículo 4º La Universidad de Antioquia rendirá culto especial al ilustre sabio, de conformidad con el proyecto de celebración que prepara el Consejo Supremo de la misma.

Artículo 5º Créase un premio al esfuerzo, que se denominará **Premio José Félix de Restrepo,** y que se adjudicará cada año en la capital del Departamento, al maestro primario en ejercicio que se haya distinguido más por su interés en la labor de los Liceos Pedagógicos, por su buena enseñanza, por su trato benévolo para con los niños y por su generosidad para con los demás maestros.

Parágrafo. Cada Liceo Pedagógico del Departamento, mediante estudio pormenorizado, dará el candidato al respectivo Inspector Provincial. Los Inspectores Provinciales, en la Asamblea que se efectuará en diciembre, harán la selección correspondiente. El premio se adjudicará en una sesión especial.

Parágrafo 2º El estudio pormenorizado que hará cada Liceo Pedagógico se enviará al Inspector Provincial tan pronto como se haya efectuado su última reunión de noviembre.

Copias de este Decreto y en edición de lujo, serán enviadas a Su Excelencia el señor Presidente de la República, a las Universidades de Antioquia, Bogotá, Popayán y Cartagena, a la Corte Suprema de Justicia, a las Municipalidades de Envigado, Medellín, Cúcuta y Bogotá.

Dado en Medellín, a 19 de septiembre de 1932.

JULIAN URIBE GAVIRIA

El Secretario de Gobierno, **José Miguel Jiménez**—El Secretario de Hacienda, **Aurelio Mejía**—El Secretario de Educación Pública, **Carlos Augusto Agudelo.**

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, mayo 18 de 1933. | Número 1875

Director, FERNANDO GARAVITO A.,

Relator de la Corte.

CORTE PLENA

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

En ejercicio de la acción popular que consagra el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, el señor Tomás Cerón Camargo solicita que la Corte declare inexequibles, por inconstitucionales, el artículo 1º de la Ley 80 de 1931, "por la cual se aprueba un contrato sobre petróleo nacional de yacimientos del Norte de Santander," y el artículo 52 de la Ley 37 de 1931, "del petróleo."

Como causa o razón de la demanda, alegó el acusador lo siguiente:

a) En Colombia no es permitido al Congreso conceder privilegios ni aprobar los concedidos por el Gobierno que no se refieran a inventos útiles ni a vías de comunicación.

b) El Congreso no puede autorizar al Gobierno Nacional para celebrar contratos que deban ser sometidos a su aprobación, sino dentro de la órbita constitucional.

c) El Congreso no puede aprobar por licitación alguna de contrato, o sea un contrato ad referéndum, o que necesite su aprobación, cuando éste viole la Constitución por ser correlativas la aprobación para celebrar contratos y la aprobación de los mismos.

d) La República de Colombia, al tenor de los artículos 1504 y 1745 del Código Civil, es considerada, en cuanto a la validez o nulidad de sus actos o contratos, como los menores que están bajo tutela o curaduría, es decir, como un incapaz absoluto.

e) Todo contrato en virtud del cual se obliga a la Nación a hacer o no hacer, que no sea de los especificados en el ordinal 16 del artículo 120 de la Constitución y a las leyes, es inválido.

f) Toda ley que aprueba un contrato de la Nación, ad referéndum, es el mismo contrato, y, por lo tanto, forma un solo cuerpo, porque la policitación de las estipulaciones y la aprobación de ellas son elementos esenciales e inseparables del contrato.

Como fundamentos de hecho pertinentes a la inexequibilidad demandada del artículo 1º de la Ley 80 de 1931, alegó el acusador los que pueden resumirse así:

Primero. Que en el aparte segundo del artículo 1º de aquella Ley, se dice que el Ministro de Industrias de Colombia y Clarence S. T. Folsom, en su calidad de representante y en nombre de la Colombian Petroleum Company..... y de la South American Gulf Oil Company....., compañías anónimas, constituídas en el Estado de Delaware, Estados Unidos de América..... "han celebrado el siguiente contrato.....," contra el artículo 11 de la Constitución, según el cual "los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que se concedan a los colombianos por las leyes de la nación a que el extranjero pertenezca, salvo lo que se estipule en los tratados públicos," sin tener en cuenta que en Estados Unidos de América, no sólo no hay reciprocidad constitucional ni legal con los colombianos, sino que a sus corporaciones les está prohibido pasar personalmente de los límites del Estado bajo cuyas leyes han sido creadas y emigrar a otra soberanía. (Digesto de los Estados Unidos de América en lo relativo a corporaciones).

Segundo. Que en el aparte segundo del artículo 1º de la Ley 80 de 1931 se establece que el tiempo de la duración del contrato con las compañías citadas será de cincuenta años, contados desde el día en que éntre en vigencia la ley que lo apruebe; y que la concesión "implica o comporta un derecho exclusivo para que la Colombian pueda explorar y explotar los hidrocarburos de que se trata en las dichas zonas y por todo el término del presente contrato, el cual comprende naturalmente el derecho exclusivo de perforar por medio de taladros el suelo y subsuelo de tal territorio, y el derecho exclusivo de extraer del subsuelo del mismo las materias expresadas, las cuales, por el hecho mismo de la extracción efectiva, y en cuanto ésta tenga lugar irán quedando de propiedad exclusiva de la Colombian," lo que viola el artículo 4º del Acto legislativo número 3 de 1910, porque constituye un privilegio que es la gracia o prerrogativa que concede un superior (el soberano República de Colombia) a un inferior (las compañías) para que goce de ventajas que no concede a otros o para librarlo de una carga o gravamen.

Tercero. Que en el inciso 6º del aparte a) del artículo 1º de la Ley citada se establece: "Declárase de utilidad pública los trabajos y las obras que son objeto de este contrato y todos los demás que a juicio de la Colombian o de la Gulf tengan que ejecutar para su debido cumplimiento," contra lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución y el artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, el primero de los cuales dice que "la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece"; y en cuanto el segundo estatuye que "por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa.....," y con en la ley artículo acusado se dispone que no es el legislador quien debe definir los graves motivos de utilidad pública, sino la Colombian y la Gulf a su arbitrio, se violan—dice el demandante—las dos disposiciones acabadas de citar.

Cuarto. Que el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 80 citada, o sea la cláusula II de la codificación, dice que

"este contrato necesita para su validez la aprobación del Excelentísimo señor Presidente de la República y del Congreso Nacional," sin tener en cuenta, anota el acusador, que "la policitación del contrato materia del artículo 1º de la Ley tántas veces citada-, no es contrato, sino que éste lo constituye el artículo 1º de la Ley 80 de 31, en el cual están reunidos todos los elementos esenciales del contrato.

En escrito posterior, el acusador dijo corregir la anterior demanda, agregando en catorce numerales que él llama hechos, pero que en realidad son tesis jurídicas encaminadas a sostener que cuando la Corte decide sobre la exequibilidad o inexequibilidad de una ley que aprueba "las policitaciones de un tratado público o de un contrato, no decide sobre la validez de un contrato bilateral, porque las peticiones del contrato no son el contrato mismo, el cual debe tener, dice el acusador, las condiciones que él indica en su demanda, y que, por consiguiente, habiéndose acusado en este caso la validez de las policitaciones, la Corte tiene jurisdicción para conocer de la demanda."

Como fundamento de la inexequibilidad del artículo 52 de la Ley 37 de 1931, "del petróleo," que el acusador demanda, indica el de que por esta disposición se concede al Gobierno autorización para celebrar contratos especiales sobre el petróleo de ciertas regiones o territorios, lo que, a juicio del acusador, es conceder privilegios que están prohibidos conforme al artículo 4º del Acto legislativo número 3 de 1910, y que con ese artículo 52 se viola también el numeral 9º del artículo 76 de la Constitución. El señor Procurador, a quien se dio traslado tanto de la demanda como de su corrección, se limitó a decir que los puntos materia de ella fueron ya decididos por la Corte, en el fallo que puso fin a la acusación hecha contra la Ley 80 de 1931, fallo de fecha catorce de diciembre del mismo año. También se opuso dicho funcionario a que se declare inexequible el artículo 52 de la Ley 37 de 1931.

Para resolver, se considera:

En la demanda propuesta por el doctor Santiago Rozo, sobre inexequibilidad de toda la Ley 80 de 1931, a que el señor Procurador se refiere, entre las disposiciones constitucionales que se indicaron como violadas por dicha Ley, los artículos 2º, 11 y numeral 16 del artículo 120 de la Constitución, lo mismo que los artículos 4º y 70 del Acto legislativo número 3 de 1910, y entre los fundamentos de hecho y de derecho de dicha demanda, se adujeron los de contener el contrato aprobado por la Ley 80 de 1931 privilegios a favor de compañías americanas, donde no se otorgan los mismos derechos a los colombianos, disposiciones constitucionales y fundamentos que también invoca el acusador, señor Cerón Camargo, en la demanda que ahora se somete al estudio de la Corte, como puede verse, comparando una y otra demanda.

Ahora, respecto de la demanda instaurada por el doctor Rozo, sobre inexequibilidad de la Ley 80 de 1931, la Corte declaró que no tenía cabida la acción consagrada en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, por las razones principales de ser dicha Ley especial y aprobatoria de un contrato, que no se puede revisar sin que se afecte el contrato que aprueba, y porque la acusación del doctor Rozo se refería también al contrato mismo aprobado por la Ley 80 de 1931, que no puede revisarse sin intervención de las partes que lo suscribieron. Así, pues, el punto quedó definitivamente resuelto, en términos que no permite nueva decisión, sin contrariar los principios en materia de cosa juzgada; y porque si bien en la nueva demanda alega el acusador, señor Cerón Camargo, que la ley que aprueba las policitaciones de un contrato celebrado por el Gobierno es el contrato mismo, para llegar a la conclusión anterior tiene en cuenta los mismos fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la demanda del doctor Rozo.

Por lo que hace a la inexequibilidad del artículo 52 de la Ley 37 de 1931, "del petróleo," la Corte encuentra que es infundada, porque, en primer término, como dice el señor Procurador, es esa una disposición que apenas da autorización para celebrar contratos, lo que está respaldado por el numeral 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional; y en segundo lugar, porque la misma disposición acusada no dice que en los contratos que autoriza se concedan privilegios de los que la Constitución prohibe.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, reunida en Pleno, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara:

1º No hay lugar a decidir sobre la acusación que ahora se presenta contra la Ley 80 de 1931, por haber sido fallada la misma acusación en sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de mil novecietntos treinta y uno (1931), y en armonía con lo expuesto en la anterior parte motiva.

2º No es inexequible el artículo 52 de la Ley 37 de 1931.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial, remítase copia de este fallo al señor Ministro de Gobierno y archívese el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—José Miguel Arango. Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—Germán B. Jiménez—José Joaquín Hernández—Tancredo Nannetti — Luis F. Rosales—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper, Secretario.

—

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, noviembre veintitrés de mil novecientos treinta y dos.

La acusación contra la Ley 80 de 1931 y contra el artículo 52 de la Ley 37 del mismo año, presentada por el señor Tomás Cerón Camargo, fue decidida por sentencia de catorce de septiembre último, en los siguientes términos:

"1º No hay lugar a decidir sobre la acusación que ahora se presenta contra la Ley 80 de 1931, por haber sido fallada la misma acusación en sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de mil novecientos treinta y uno (1931), y en armonía con lo expuesto en la anterior parte motiva.

"2º No es inexequible el artículo 52 de la Ley 37 de 1931."

El acusador, en el escrito que precede, critica esa sentencia, afirmando que las alegaciones hechas por él contra aquellas disposiciones son distintas de las empleadas por el señor Santiago Rozo, acusador anterior de la primera de las leyes nombradas, aunque sean unos mismos, agrega, los artículos de la Constitución que se estiman violados en ambas acusaciones. Con este motivo pide que se aclare toda la sentencia porque, dice, "la función administradora de justicia de la soberanía pública no puede estar incongruente ni injurídica, por consiguiente."

Con arreglo al artículo 482 del Código Judicial, "la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez

o Tribunal que la pronuncia. Con todo, pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan un verdadero motivo de duda."

No indica el peticionario cuáles sean los conceptos o frases de la sentencia que estén en este caso, ni en qué sentido deban aclararse, y siendo esto así, su solicitud de aclaración no tiene fundamento.

Se aclara y debe aclararse aquello que es oscuro, que ofrece verdadero motivo de duda; no lo que está exento de esta tacha, como sucede con la sentencia reclamada, que si bien puede no estar conforme con las pretensiones del acusador, no deja de haber decidido con absoluta claridad, y sin equívoco ninguno, la cuestión planteada en la demanda.

Por tanto, la Corte Suprema, reunida en Pleno, **niega** la solicitud a que se refiere el memorial del señor Cerón Camargo.

Notifíquese y cópiese.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**José Miguel Arango. Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—Germán B. Jiménez—José Joaquín Hernández—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo. Augusto N. Samper**, Secretario.

—

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, diciembre trece de mil novecientos treinta y dos.

En el escrito que antecede solicita el señor Tomás Cerón Camargo que se mande corregir la parte de su memorial anterior, en que pidió aclaración de la sentencia dictada en este juicio, "pues hay, dice, falsedad en la transcripción" de una de las frases contenidas en dicho memorial.

Hecha la debida confrontación entre el memorial a que alude el reclamante y el auto de veintitrés de noviembre último, en que se hizo la transcripción, se encuentra que, efectivamente, por un simple error de copia, se cambió el verbo **ser** por el de **estar**. Lo transcrito dice: "la función administradora de justicia de la soberanía pública no puede **estar** incongruente ni injurídica, por consiguiente"; y en el memorial aparece: "la función administradora de justicia de la soberanía pública no puede **ser** incongruente ni injurídica, por consiguiente."

Hubo, pues, un cambio por el anotado error de copia, cambio sin la intención dañada que el peticionario le atribuye, como lo comprueba el hecho de que con el uno o con el otro verbo la frase conserva sustancialmente su significado, y de que, con el uno o con el otro, es siempre exacto que la sentencia del catorce de septiembre del presente año no contiene frases oscuras o dudosas, y que resolvió con claridad el problema planteado por el acusador.

En los anteriores términos se hace la corrección solicitada, no sin advertir que el peticionario habría obtenido el mismo resultado sin el empleo de las frases descomedidas e inadecuadas de su memorial.

Notifíquese y cópiese.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**José Miguel Arango. Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo. Augusto N. Samper**, Secretario,

SALA DE CASACION CIVIL

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

(Magistrado ponente, doctor Manuel V. Jiménez).

Vistos:

En la ejecución del señor Fortunato Pinzón M. contra el señor Aristides Fernández, éste denunció para el pago los bonos colombianos números 0217, 0318, 0365, 0129, 1210, 1211, y 1366 a 1369, de la serie F, de quinientos pesos cada uno, "que deposité—dijo—en la Tesorería General de la República, para garantizar mi manejo como Habilitado de la Cámara de Representantes en el año de mil novecientos veintitrés; dichos bonos se encuentran en la Tesorería General."

La señora Elvira Cualla de Fernández, mujer viuda, hablando en propio nombre y como representante de sus menores hijos Alicia, Leonor, Inés, Blanca, Isabel y María Victoria, y el señor Alvaro Delgado, como marido de doña Elvira Fernández, introdujeron una demanda de tercería cuyas peticiones expresaron así:

"Y en uso del derecho que nos confiere el artículo 217 de la misma Ley, entablamos en nombre de la sucesión del señor Tomás Fernández y para ésta, demanda principal de tercería excluyente, para que, por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, y con audiencia del demandante y del demandado, se declare que la sucesión de Tomás Fernández tiene mejor derecho que el ejecutado y el ejecutante, y demás opositores, al dominio de los diez bonos de deuda interna, colombianos, de quinientos pesos cada uno, de la serie F y distinguidos con los números 0217, 0318, 0365, 0129, 1210, 1211, 1365, 1367, 1368 y 1369, que fueron denunciados y embargados en el ejecutivo citado, como de propiedad de Aristides Fernández Jaramillo.

Y en uso del derecho que nos reconoce el artículo 270 del Código Judicial, fundados en los mismos hechos, proponemos subsidiariamente y bajo la condición de que no se declare fundada la acción principal, demanda de tercería coadyuvante, para que, con el producto de los bienes embargados y que en adelante se embarguen a Aristides Fernández Jaramillo, se pague a la sucesión de Tomás Fernández el valor de los citados diez bonos de deuda interna, de quinientos pesos cada uno, del que en su indagatoria se reconoció deudor del ejecutado.

También pedimos que se condene a los demandados o al que señalen los hechos y peritos como responsables, al pago de los perjuicios sufridos por Tomás Fernández y por la sucesión de éste, a consecuencia de la no devolución de esos bonos y de las maquinaciones o gestiones hechas para apoderarse de ellos por parte del ejecutante y del ejecutado y que se les condene al pago de las costas del juicio. Los perjuicios deberán fijarse en el curso del juicio."

Relataron así los hechos fundamentales:

"**a)** Aristides Fernández Jaramillo es y ha sido persona pobre y era sobrino de Tomás Fernández;

"**b)** Para ayudar a su sobrino, para favorecerlo, Tomás Fernández le ayudó a conseguir el puesto de Habilitado de la Cámara de Representantes, en las sesiones de 1923, y prometió facilitarle los medios de garantizar el puesto;

"c) Como para poderse posesionar y ejercer el cargo, necesitaba Aristides Fernández Jaramillo asegurar el manejo de los fondos que se le entregaron en ese carácter, Tomás Fernández le facilitó el medio de garantizar ese manejo, mediante el depósito de diez bonos colombianos de deuda interna que él entregó con la entendida condición de que le serían devueltos tan pronto como terminaran sus funciones y le fenecieran sus cuentas, y al efecto Tomás Fernández entregó personalmente los citados diez bonos colombianos de deuda interna, y en propia mano, al Contador Interventor de la Tesorería General de la República, señor don Juan de Dios Bravo;

"d) Estos bonos, los mismos que se hallan embargados en ese juicio ejecutivo, los compró Tomás Fernández al señor Daniel Merizalde M., ante varios testigos, el día 5 de junio de mil novecientos veintitrés (1923), y los pagó con el cheque número nueve (9) de la libreta X 21772, girado contra el Banco de Bogotá en donde le entregaron al señor Merizalde Morales el valor que representaba, descontándole del dinero que allí, en su cuenta corriente, tenía Tomás Fernández, persona rica;

"e) Tomás Fernández llevó esos bonos a la Tesorería, y el recibo que allí le entregaron a Aristides se lo dio a Tomás Fernández, quien cobraba los intereses personalmente o por medio de recomendados, pues Tomás tenía los cupones correspondientes, lo cual no hubiera sucedido si tales bonos no hubieran seguido siendo de propiedad de Tomás Fernández;

"f) Cuando pusieron preso a Tomás, Aristides resolvió quedarse con los bonos que aquél le había prestado, pretendiendo servirse de ellos de una manera visiblemente contraria a lo convenido, y entonces Tomás Fernández dio denuncio criminal contra su sobrino Aristides y presentó las pruebas que demostraban su propiedad sobre esos bonos, pero la autoridad criminal sostuvo que el asunto era de competencia de la autoridad civil;

"g) En el juicio criminal seguido contra Aristides Fernández Jaramillo y de que se habló atrás, éste confesó que Tomás Fernández le había prestado el dinero necesario para comprar los bonos y que le debía el dinero;

"h) Las pruebas presentadas por Tomás Fernández para demostrar que él había comprado los bonos, los había pagado con su propio dinero y que había comprado a nombre de él y no a nombre de Aristides, prueban que la propiedad de los bonos era de Tomás, máxime si se tiene en cuenta que él siguió cobrando los intereses de tales bonos;

"i) Tomás Fernández murió y nosotros fuimos declarados herederos, la primera, como cónyuge sobreviviente y como madre de los menores hijos, y el segundo en calidad de cónyuge de Elvira Fernández, y por eso podemos demandar en nombre de la sucesión y para ésta;

"j) Ante usted se sigue por Fortunato Pinzón M., persona pobre, un ejecutivo contra Aristides Fernández Jaramillo, también pobre, y ni el uno tenía dinero para prestarle al otro, ni es cierto que se lo hubiera prestado. Este juicio se adelanta para ver si puede quedarse con los citados diez bonos colombianos de deuda interna y los cuales se hallan embargados en el ejecutivo que le adelanta en el Juzgado 4º del Circuito de Bogotá a Tomás Fernández (hoy sus sucesores), el señor Ernesto V. Duperly, y allí pidió el desembargo Aristides Fernández Jaramillo, fundándose en un recibo y en una escritura que no prueban la propiedad de ellos, y luégo se hizo seguir ante usted este juicio que es simulado;

"k) Con estos procedimientos se ha causado a Tomás Fernández y a la sucesión graves perjuicios que nos deben ser pagados, obrándose especialmente por Aristides Fernández Jaramilo contra los más elementales deberes de honradez, gratitud y caballerosidad."

Ejecutante y ejecutado, en calidad de demandados, rechazaron la acción deducida contra ellos y negaron en lo sustancial los hechos.

El Juez 6º en lo Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia de veintiuno de octubre de mil novecientos veintisiete, negó las declaraciones solicitadas en la demanda y absolvió a los demandados.

Por apelación de la parte demandante, subió el asunto al Tribunal Superior de Bogotá, quien, en sentencia de veintiocho de agosto de mil novecientos veintiocho, revocó la del Juez y declaró que la sucesión de Tomás Fernández tiene mejor derecho que el ejecutante y el ejecutado al dominio de los diez bonos que son objeto de la controversia y ordenó el desembargo de ellos.

El señor Humberto Archila, cesionario de Pinzón M., y el apoderado del ejecutado, interpusieron recurso de casación, que el Tribunal concedió y la Corte admite por hallarse en las condiciones legales.

Los recurrentes lo fundaron ante esta Superioridad.

El apoderado del ejecutado alegó la primera causal y dijo en su apoyo:

"En la sentencia objeto del recurso no se falló sobre la excepción perentoria alegada por la parte demandada, relativa a la carencia o ilegitimidad de personería del actor o tercerista."

En otro párrafo agrega:

"Esta causal de casación es legal, pues el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, numeral 2º, establece que cuando no se falle sobre alguna excepción perentoria alegada, si fuere el caso de hacerlo, puede aducirse como causal para interponer y fundar el recurso."

Anota la Corte que lo que en puridad invoca el recurrente es la causal 2ª por no haberse fallado acerca de una excepción. Pero, en primer lugar, adviértese que el Tribunal razonó sobre la personería de la sucesión de Tomás Fernández, para promover la acción y sobre la representación de la señora Cualla y de Delgado (punto este último que es adjetivo), con lo cual puede decirse que virtualmente quedó resuelta la excepción. En segundo lugar, ésta no fue aducida en la contestación de la demanda o durante la primera mitad del término probatorio (artículo 482 del Código Judicial), sino en el alegato de conclusión de la segunda instancia; de donde se sigue que el sentenciador no tenía, en rigor, obligación de decidirla, y, por otra parte, no estimó que debía declararla de oficio, y esta abstención no da lugar a la casación, según lo tiene resuelto la Corte, en diversos fallos; valga, por ejemplo, el de 16 de octubre de 1922, número 29, página 275.

El Tribunal, además, encontró acreditadas la personería de los herederos y la representación legal de éstos por su madre, ateniéndose a las copias de los autos de once de diciembre de mil novecientos veinticinco y diez y ocho de junio de mil novecientos veintiséis, que reconocieron a la señora Cualla de Fernández como cónyuge supérstite, y a los menores Fernández Cualla como he-

rederos del causante Tomás Fernández; y si el sentenciador, al apreciar esas pruebas, hubiera incurrido en error, debió el recurrente alegarlo como motivo de casación e indicar la ley quebrantada; en consecuencia, cosa que no hizo.

No prospera, por tanto, esta causal.

En el alegato del señor apoderado del cesionario se contienen varias acusaciones por primera causal, a las que da el nombre de causales; mas ha de entenderse que son motivos o extremos de dicha causal.

En primer lugar, impugna la sentencia por error de derecho en que incurrió el Tribunal sentenciador "al reconocer a la prueba testimonial un valor probatorio que no tiene, según la ley, ante las relaciones jurídicas que proceden de la tenencia o propiedad de los instrumentos negociables."

Explicando la impugnación, manifiesta:

"No existiendo respecto de los instrumentos negociables el aspecto jurídico que para la posesión de los demás bienes muebles consagra la ley civil, precisamente por estar amparados por leyes mercantiles de carácter especial, es de todo punto inaceptable e improcedente el fundamento del fallo recurrido, que confunde los instrumentos negociables con los bienes muebles y define la propiedad de los instrumentos citados a la luz de las disposiciones del Código Civil, olvidando que están regidos por una ley mercantil especial; y lo que es más, acepta la prueba testimonial para destruír una presunción de propiedad que no existe en tales leyes especiales, creyendo el Tribunal que se trata de simple posesión de bienes muebles a la luz de la ley civil."

El cargo estriba, sustancialmente, en que el Tribunal admitió la prueba de testigos para acreditar el dominio de los bonos, siendo así que, por ser éstos unos instrumentos negociables, se rigen por la Ley 46 de 1923, según la cual la tenencia de ellos implica la propiedad.

Empero, el cargo se desvanece si se tiene presente que la citada Ley 46, sobre instrumentos negociables, no es aplicable al caso contemplado en la presente litis.

Los bonos de deuda interna a que se refiere la tercería fueron adquiridos a principios de junio de mil novecientos veintitrés; y la Ley 46 fue expedida el 19 de julio siguiente y comenzó a regir el 1º de enero de mil novecientos veinticuatro. Dicha ley, por tanto, no puede gobernar unas relaciones jurídicas creadas antes de su expedición, porque ello sería darle efecto retroactivo contra las disposiciones de los artículos 2683 del Código Civil y 28 de la Ley 153 de 1887.

Pero aun dándole a dicha Ley efectos retroactivos, ninguna de las disposiciones que de ella cita el recurrente ha sido violada, por cuanto no contienen prohibición de admitir la prueba testimonial en las controversias sobre dominio de instrumentos negociables.

Para reforzar esta acusación, el recurrente trae más consideraciones, que él llama motivos de hecho: en ellas expone que, tratándose de instrumentos negociables, la ley sólo admite "el único fenómeno denominado tenedor o propietario o portador," y por lo mismo no cabe la presunción de Derecho Civil de que el poseedor se reputa dueño, ni la consecuencia de que tal presunción pueda destruírse mediante prueba en contrario, como lo creyó el Tribunal; y expone igualmente que la ley de instrumentos negociables estableció una excepción a la legislación común. Estas consideraciones carecen de importancia por lo ya explicado, a saber, que la Ley 46 de 1923 no es aplicable al caso controvertido.

En cuanto a las consideraciones expuestas con el nombre de **motivo o fundamento de derecho**, intimamente ligadas al capítulo llamado **3ª causal de casación, violación de leyes sustantivas**, para fundar el concepto de que no puede existir un tenedor que no sea propietario del instrumento según los artículos 3º, 54, 59 y 61 de la Ley 46 de 1923, los cuales en su opinión infringió el Tribunal, observa la Corte que quedan desvanecidas con el hecho de la irretroactividad de la Ley 46, pero que en el supuesto de que esta Ley fuera anterior a las negociaciones sobre los bonos embargados, no aparece el quebranto de los artículos 3º, 54, 59 y 61, citados por el tercerista, ya que para desatar una controversia sobre el dominio de ellos, sería preciso examinar si el tenedor lo es en debida forma con arreglo a los artículos 30, 55 y 60 de la misma Ley, disposiciones éstas que, según lo probado por el tercerista, contribuirían a libertar la sentencia recurrida del cargo formulado en casación.

Como segundo extremo (segunda causal que dice el recurrente), se aduce lo siguiente:

"La sentencia objeto del recurso adolece de un error evidente de hecho, consistente en que el Tribunal aceptó como plena prueba de las afirmaciones del tercerista el testimonio de varios declarantes, inadmisibles según la ley especial de instrumentos negociables, que no concuerdan ni armonizan en los hechos fundamentales, y por tanto, no pueden ser aceptados como pruebas, pues no acreditan la identidad, la entrega al tercerista de los instrumentos embargados, ni la serie ni la enunciación de éstos, sobre lo cual existe entre los declarantes disparidad y contradicciones, que por otra parte están desmentidas con un documento público y auténtico que obra en autos y que prueba la tenencia en debida forma en la persona del ejecutado."

Observa la Corte:

Con lo expuesto antes acerca de la inaplicabilidad de la Ley 46 de mil novecientos veintitrés y del silencio del recurrente sobre la disposición que prohiba admitir la prueba testimonial, queda confutado el primer aspecto del cargo, o sea, que la prueba testimonial es inaceptable aquí.

Cuanto al segundo aspecto, es decir, que las declaraciones admitidas adolecen de contradicciones e incongruencias, hace el recurrente un examen de los testimonios de Daniel Merizalde M., Juan de Dios Bravo, Francisco Fernández, Julio C. Torres e Isidoro Peña.

El Tribunal estudió detenidamente tales declaraciones y las admitió como componentes de una serie de indicios que establece la propiedad de los bonos por parte de Tomás Fernández. Hé aquí cómo expone la síntesis de la prueba:

"Con las pruebas de autos se comprueban plenamente estos hechos: que Tomás Fernández compró a Daniel Merizalde M., en junio de mil novecientos veintitrés, diez bonos colombianos de deuda interna de quinientos pesos cada uno, de la serie F; que esos bonos los pagó en cheque girado a favor de Merizalde y contra el Banco de Bogotá, por la suma de cuatro mil doscientos sesenta y nueve pesos con cuarenta y cuatro centavos, cheque que corresponde a la letra número X21772, que perteneció al mismo Fernández y que lleva fecha cinco de junio de mil novecientos veintitrés; que el expresado cheque fue

pagado por el Banco de Bogotá al de Colombia en canje el día 6 del mismo mes, con fondos del girador y que tiene al respaldo la firma de Merizalde; que Fernández tuvo siempre en el Banco de Bogotá los fondos suficientes para sus giros, de suerte que no llegó a hacer giros en descubierto; que tales bonos son los mismos embargados en este juicio, cuyo mejor derecho alega la sucesión de Tomás Fernández; y que este señor se los facilitó a su sobrino Aristides Fernández Jaramillo para que los diera en prenda para garantizar o asegurar el manejo del cargo de Habilitado de la Cámara de Representantes, para que fue nombrado por tal corporación; que Fernández Jaramillo dio en prenda dichos bonos, según aparece de la escritura pública número 1010, de fecha seis de junio de mil novecientos ventitrés, de la Notaría 3ª, pero que Tomás Fernández los entregó directa y personalmente al Contador Interventor de la Tesorería General de la República, asegurando a éste que eran de su propiedad y que los destinaba al fin indicado."

La Corte, por su parte, ha examinado las declaraciones aludidas y no halla en ellas las contradicciones graves que se tildan. Los testigos se refieren a distintas fases de la operación relacionada con la compra de los bonos, y de sus dichos, en conjunto, se desprende el orden cronológico con que dicha operación se llevó a cabo. Y queda sobre todo en pie la serie de indicios, en cuya apreciación es soberano el Tribunal, merced a la cual llegó éste a la conclusión de que los bonos fueron adquiridos en propiedad por Tomás Fernández, con el fin de suministrarlos en garantía para el manejo de Fernández Jaramillo como Habilitado de la Cámara de Representantes. No se ha probado error evidente en la apreciación de semejantes indicios.

Añade el recurrente que hubo error al admitir aquellas declaraciones incongruentes, porque ellas se oponen al recibo otorgado a favor de Aristides Fernández, como tenedor legítimo, por la Tesorería General de la República el cinco de junio de mil novecientos veintitrés, recibo que corre inserto en la escritura número 1010 citada. Pero adviértase que dicho recibo no podía perjudicar a Tomás Fernández, es decir, no prueba que en realidad fueran los bonos de propiedad del señor Fernández Jaramillo, una vez que los instrumentos públicos no hacen plena fe, en cuanto a la verdad de sus declaraciones, sino contra los otorgantes, con arreglo al artículo 1759 del Código Civil.

Conviene añadir que en el supuesto de estar demostrado el error en la apreciación de los testimonios, el cargo no sería aceptable en casación, por cuanto el recurrente omitió citar las disposiciones sustantivas sobre pruebas que resultaran violadas por consecuencia de dicho error.

Como tercer extremo se dice que ha habido violación de leyes sustantivas.

"Los bonos colombianos de deuda interna—afirma el recurrente—de acuerdo con las Leyes 23 y 58 de 1918, en sus artículos 1º y 6º, respectivamente, que autorizaron su emisión, son documentos al portador que llevan el sello de la República; por tanto, están incluídos y pertenecen a los documentos negociables que garantiza, define y protege la Ley 46 de 1923, que es Ley especial y sustantiva sobre la materia."

Se responde a este reparo que, de conformidad con lo ya demostrado, no es la Ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, la que rige la controversia del presente litigio, y que aunque esto fuera, no está patentizada, como ya se dijo, la infracción de los preceptos que cita el recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es casable la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, a que se refiere el actual recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — **Manuel Vicente Jiménez. Abraham Arenas—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Manuel Vicente Jiménez).

Vistos:

Consta en la escritura número 106, que en copia debidamente registrada obra a fojas 1 a 4 del primer cuaderno de este proceso, otorgada el doce de marzo de mil novecientos veintidós, ante el Notario Público principal del Circuito de La Palma (Departamento de Cundinamarca), "comparecieron los señores Tiburcio Serrato y Benjamín Bravo, varones mayores de edad, vecinos de este Municipio de La Palma, a quienes conozco personalmente, de lo que doy fe, y dijeron: que han celebrado un contrato que elevan a escritura pública, contenido en la póliza que me presentan, la cual es del tenor siguiente:

"Comparecieron los señores Tiburcio Serrato y Benjamín Bravo, mayores y vecinos, y dijo el primero: que por medio de la presente cede a título de venta al señor Benjamín Bravo, lo siguiente: los derechos hereditarios que le compró a Simón Serrato, y que le corresponden a éste por herencia de su madre Marcelina Serrato, quien falleció sin dejar herederos legítimos ni ascendientes ni descendientes, vinculados estos derechos en toda clase de bienes. El derecho de dominio y posesión que tiene el exponente en un globo de tierra denominado **Hoya del Malval**, en jurisdicción de este Municipio, y deslindado así: 'un mojón que está cerca a la quebrada de **Los Tiestos**; de aquí, línea recta por la cuchilla, a otro mojón; de éste, a otro mojón; limitando en esta parte con terreno de propiedad del señor Ricardo Valenzuela; de aquí, línea recta por una cuchilla, hasta encontrar una mata de guadua en la misma cuchilla; de aquí, a buscar lo más alto de la cuchilla, donde hay un mojón; de aquí, volviendo al Este, por toda la loma abajo de **El Tejar**, hasta el camino público, lindando por esta parte con terrenos de los señores Epímaco Cáceres y herederos de Susana Anzola; por todo el camino, hasta la puerta; y de aquí, hasta la cerca de alambre, y ésta hasta la quebrada de **Los Tiestos**; y de esta quebrada arriba, hasta el mojón citado como primer lindero.' Entrando en esta venta toda clase de mejoras existentes y futuras, casa de habitación, plantíos, enramada de trapiche y todos los enseres del tren de la industria del café y caña, sin reservarse nada. Se excluye únicamente de esta finca el lotecito vendido al doctor Bernardino Herrera Manrique, por escritura pública número 768, de fecha diez y seis de diciembre de mil novecientos diez y nueve, otor-

gada en esta misma Notaría. Que el valor de esta venta es el de la cantidad de mil diez y siete pesos ($ 1,017) oro amonedado, así: mil siete pesos oro amonedado, el valor del inmueble mencionado, y diez pesos oro amonedado, el valor de los derechos herenciales, la cual suma manifiesta el vendedor tiene recibida de manos del comprador a su entera satisfacción. Que es condición de este contrato la de que Tiburcio Serrato se reserva la facultad de recobrar el derecho de dominio que vende y los derechos hereditarios que también se mencionan, hasta el día once de noviembre del coriente año, por el precio de mil diez y siete pesos oro, el día que se haga uso de esta facultad, y en la misma moneda que antes se expresó. Que desde hoy hace entrega real y material de todo lo vendido, para que el comprador pueda hacer uso de sus derechos legales. Que es condición la de este contrato que el comprador permite que el vendedor Tiburcio Serrato permanezca al frente de la administración de los bienes que por la presente vende, por el término de diez meses, contados desde esta fecha, pudiendo, como tál, usufructuar de los frutos naturales de la finca raíz, únicamente sin dejar que sufran menoscabo, y durante el mismo tiempo, el producido de tales frutos, serán el valor de su remuneración como administrador, sin perjuicio de que el señor Bravo pueda hacer uso de sus derechos en caso de mala administración comprobada, conforme a la ley."

Aseveran los testigos Rodolfo Linares, José Rubiano y Pastor Z. Ramírez, que antes de vencer el término de los diez meses, durante los cuales debía conservar el vendedor Serrato la administración y el usufructo de la finca vendida, el comprador Bravo se introdujo en dicha finca a coger maíz, según lo afirman todos, y también café, según lo afirma el primero; y, por último, el mismo Bravo, en memorial de fecha veintiséis de diciembre de mil novecientos veintidós, que en copia auténtica obra en el expediente, dijo al Alcalde de La Palma:

"Yo, Benjamín Bravo, mayor y vecino de este Municipio, con el acatamiento debido, respetuosamente solicito a usted se sirva decretar el lanzamiento de los ocupantes de la finca denominada **Hoya del Malval,** demarcada por los siguientes linderos (se mencionan los mismos de que habla la escritura número 106, ya transcritos). Como los ocupantes carecen de título legal para permanecer allí, una vez que yo les he exigido que se salgan y no lo hacen, y permanecen allí contra mi voluntad, causándome perjuicios, y aun disponiendo fraudulentamente de las cosas que me pertenecen, me veo en el caso de solicitar de la autoridad la protección debida, para que sean lanzados de mi propiedad Tiburcio Serrato y los demás ocupantes, al verificarse la diligencia. Acompaño como prueba de ocupación de hecho el título que me respalda, y por medio del cual consta que queda constituído ocupante de hecho Serrato, si el día once de noviembre de este año no hacía el pago para recobrar la finca que me vendió por medio del título que acompaño, y con las declaraciones de Juan Obando, José Galindo y Enrique Oramas, compruebo que le he exigido por las buenas salga de mi propiedad, que me está causando daños y perjuicios en la misma propiedad, y que, además, está sacando fraudulentamente cosas de mi propiedad para disponer de ellas sin mi consentimiento. Espero que el señor Alcalde se sirva señalar el día y hora para la diligencia."

La Alcaldía decretó el lanzamiento, y en fuerza de ello, Tiburcio Serrate salió de la **Hoya del Malval,** cesando así la administración y el usufructo de esa finca, que se estipularon como condición del contrato de venta de ella.

Con tales motivos, el doctor Carlos J. Vargas, con poder del mencionado Serrato, dijo en escrito dirigido al Juez 1º de Guaduas:

"Demando al señor Benjamín Bravo varón, mayor y vecino de La Palma, para que, previa la tramitación del juicio ordinario se declare por usted:

"1º La rescisión de la venta por lesión enorme, del contrato contenido en la escritura número 106, de fecha doce de marzo de mil novecientos veintidós, otorgada en la Notaría de La Palma, por el cual Tiburcio Serrato enajenó a Benjamín Bravo los derechos hereditarios que aquél compró al señor Simón Serrato, vinculados en toda clase de bienes; y un globo de tierra denominado **Hoya del Malval,** ubicado en jurisdicción del Municipio de La Palma, y alinderado así: (se describen los mismos linderos que contiene la expresada escritura número 106, arriba transcritos). Entrando en dicha venta todas las mejoras existentes y futuras, casa de habitación, plantíos, enramada de trapiche y todos los enseres de la industria del café y caña.

"2º Se condene al demandado a pagar a mi poderdante los frutos naturales y civiles que produzca la finca, desde la notificación de esta demanda hasta que se entregue la finca a Serrato; y

"3º En caso de que el demandado prefiera completar el justo precio del terreno y derechos vendidos, se declare que el lote de tierra que adquirió mi poderdante por medio de la escritura número 561, de fecha diez y ocho de octubre de mil novecientos quince, otorgada en la Notaría de La Palma, y comprendido dentro de los siguientes linderos: 'El llanito que queda más arriba de la casa del comprador, frente al camino viejo, todo el camino público de para abajo hasta Puente de Oro, se sigue por la quebrada de **Los Tiestos** arriba, hasta encontrar la cerca de alambre; por toda la cerca de alambre hacia la izquierda, hasta el llanito, primer lindero', no hace parte del globo vendido por Serrato a Bravo, por medio de la escritura número 106, ya citada, y que, por consiguiente, el dueño es mi poderdante.

"Subsidiariamente pido que se condene a Bravo:

"1º A cumplir el pacto de retroventa contenido en la escritura número 106, ya mencionada, conforme al cual mi poderdante reservó la facultad de recobrar el derecho de dominio que vendía y los derechos hereditarios, hasta el día once de noviembre del año en que otorgó la escritura por el precio de mil diez y siete pesos oro; y

"2º A que le restituya a mi poderdante el terreno y derecho vendidos con sus accesiones naturales, junto con las indemnizaciones por los deterioros sufridos por la finca, imputables a hecho o culpa de Bravo.

"Subsidiariamente pido:

"1º Que se declare resuelto el contrato a que me he referido, tanto por no haber dado cumplimiento el demandado a la cláusula referente al pacto de retroventa, como por no haber dado cumplimiento a la cláusula de la misma escritura número 106, conforme a la cual mi poderdante se reservó la administración de los bienes que vendía, por el término de diez meses, contados desde la fecha del contrato; con derecho a usufructuar los frutos naturales de la finca raíz, considerando dichos frutos como valor de la remuneración que devengaba

como administrador, obligándose únicamente a no dejar que la finca sufriera menoscabo; y

"2º Que se le condene a pagar los frutos naturales y civiles que produzca el terreno y los derechos herenciales, desde la notificación de esta demanda o desde que está en posesión de la finca según el caso.

"Por último, y para el improbable caso de que no se hicieran ninguna de las declaraciones y condenaciones anteriores, pido que se declare que el lote de terreno indicado en la primera acción no quedó incluído en la venta hecha por Tiburcio Serrato a Bravo, y que, en consecuencia, debe éste restituírlo junto con los frutos naturales que haya producido y produzca, desde que está en posesión del terreno hasta que se verifique la entrega a mi poderdante.

"En cualquiera de los casos anteriores, solicito igualmente se condene a los demandados en las costas y costos del presente juicio."

Los demandados se opusieron a todo lo pedido en el libelo de demanda, y el Juzgado falló en primera instancia, así:

"Primero. Decreta la revisión de la venta por lesión enorme, del contrato contenido en la escritura número 106, de doce de marzo de mil novecientos veintidós, otorgada en la Notaría de La Palma, por el cual Tiburcio Serrato vende a Benjamín Bravo los derechos hereditarios que aquél compró al señor Simón Serrato, vinculados en toda clase de bienes, y del globo de tierra denominado **Hoya del Malval**, ubicado en jurisdicción del Municipio de La Palma, y alinderado conforme a lo que señala la mencionada escritura, y que se han descrito anteriormente.

"Segundo. Condena a los demandados Benjamín Bravo, Salomón Escobar y Aureliano Serrato, a pagar a Tiburcio Serrato los frutos naturales y civiles que produzca la finca desde la notificación de la demanda hasta que se entregue ésta a Serrato.

"Tercero. No hay lugar a declarar que el lote de tierra que adquirió Tiburcio Serrato por medio de la escritura número 561, de fecha diez y ocho de octubre de mil novecientos quince, otorgada en la Notaría de La Palma, alinderado anteriormente, no hace parte del globo de tierra vendido por Serrato a Bravo por medio de la escritura número 106, ya mencionada, y, por consiguiente, que Serrato sea su dueño.

"Cuarto. No hay lugar a declarar que Benjamín Bravo está obligado a cumplir el pactó de retroventa contenido en la escritura número 106, tántas veces dicha, y como consecuencia, a que se le restituya el terreno y derechos vendidos con sus acciones naturales.

"Quinto. No hay lugar a declarar resuelto el contrato a que se refiere el segundo pedimento subsidiario de la demanda.

"Sexto. Cóndenase a Tiburcio Serrato a restituír a Benjamín Bravo, tan pronto le devuelva éste la finca y derecho vendido, el precio de la venta, sin rebaja ninguna; y

"Séptimo. Condénase a los demandados Benjamín Bravo, Salomón Escobar y Aureliano Serrato a las costas del presente juicio."

Por apelación concedida a la parte demandada, se surtió la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Bogotá, y éste, por sentencia de veintinueve de agosto de mil novecientos veintisiete, falló así:

"Declárase resuelto el contrato contenido en la escritura número 106, de doce de marzo de mil novecientos veintidós, otorgada en la Notaría de La Palma, y en lo que se refiere a la venta que Tiburcio Serrato hace a Benjamín Bravo de un globo de tierra denominado **Hoya del Malval**, situado en jurisdicción del Municipio de La Palma, y alinderado así:

'Un mojón que está cerca a la quebrada de **Los Tiestos**; de aquí, línea recta, por la cuchilla a otro mojón; de éste a otro mojón, limitando por esta parte con terrenos de propiedad del señor Ricardo Valenzuela; de aquí, línea recta, por una cuchilla, hasta encontrar una mata de guadua en la misma cuchilla; de aquí a buscar lo más alto de la cuchilla, donde hay un mojón; de aquí, volviendo al Este, por toda la loma abajo del **Tejar**, hasta el camino público, lindando por esta parte con terrenos de los señores Epímaco Cáceres y herederos de Susana Anzola; por todo el camino hasta la puerta; y de aquí, hasta la cerca de alambre, y ésta hasta la quebrada de **Los Tiestos**; y de esta quebrada arriba, hasta el mojón citado como primer lindero.'

"Condénase, en consecuencia, a Benjamín Bravo a restituír o entregar a Tiburcio Serrato el precitado terreno, dentro del plazo de seis meses, contados desde la ejecutoria de esta sentencia.

"Serrato debe restituír a Bravo, dentro del mismo plazo, la suma de mil siete pesos, que de él recibió como valor del mentado inmueble.

"Absuélvese al demandado Bravo de los demás cargos contra él formulados.

"Absuélvese a Salomón Escobar y Aureliano Serrato de todo cargo.

"No es el caso de hacer especial condenación en costas.

"Queda así reformada la sentencia apelada.

"Sin costas en la segunda instancia."

El demandado Benjamín Bravo interpuso el recurso de casación, que le fue concedido, y que la Corte admite, por estar ajustado a la ley.

Se invoca la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y en apoyo de esa causal se aducen tres motivos, el primero de los cuales está formulado así:

"1º El sentenciador tuvo como fundamento básico los siguientes apartes:

'Dada la forma y el alcance que este pactó tiene, hay que concluír que la intención de los contratantes no fue otra que la de satisfacer parte del precio de venta con el valor de los frutos de que se habla; pues esa estipulación no es la característica del contrato de mera administración.....'

'En suma de lo aseverado por los testigos ya citados y por el mismo demandado, fuerza es colegir que éste no cumplió con lo pactado en el contrato contenido en la escritura número 106, por cuanto tomó para sí algunos frutos de los que, al tenor de tal contrato pertenecían a su contraparte, y por cuanto obligó a Serrato a que le entregara la finca sin estar vencido el término de su administración. Se ha cumplido, pues, la condición tácita prevista por el artículo 1546 del Código Civil como fundamento de la acción resolutoria.'

"Me permito llamar la atención de la honorable Corte al hecho principalísimo de que trata la citada escritura número 106, es decir, al contrato de venta, ya de los derechos herenciales, ya del globo de terreno llamado **Hoya del Malval**, punto importante como esencial del contrato

de venta, es que haya una cosa vendida y un precio equivalente a ella, concertado por las partes.

"Perfeccionada la venta del inmueble mediante la escritura correspondiente, debidamente registrada, ella no resuelve sino cuando el comprador no ha satisfecho el precio o parte de él; porque sin este requisito no hay correspondencia en las obligaciones y derechos de los contratantes. El equilibrio desaparece. Por esta razón el artículo 1930 del Código Civil autoriza al vendedor para ejercer alternativamente o el cumplimiento del contrato o la resolución de la venta con resarcimiento de perjuicios. En el caso que nos ocupa no se contempla este fenómeno, porque consta en la escritura que el comprador pagó como precio neto de la venta de la **Hoya de Malval** la cantidad de **mil siete pesos oro amonedado,** en que se concertó.

"Por esto es de extrañar el concepto del Tribunal, al imputar al precio de esa venta parte de los frutos de la administración de la misma finca, contra la voluntad del demandante, que no alega como hechos de su demanda semejante cosa. Ha habido, pues, un error evidente al interpretar tanto la demanda como el contrato mismo, ya que éste dice terminantemente que los frutos naturales de la finca serán la compensación al servicio prestado por la administración de ella. Esto no admite interpretación distinta.

"Con este error evidente ha violado el artículo 1501 del Código Civil, por tratarse de la esencia de los contratos ya de venta, ya de administración, confundidos por el Tribunal.

"En efecto: la escritura trae como principal un contrato de compraventa, con pacto de retroventa, pacto del cual el vendedor no pudo hacer uso del derecho que le asistía. En el contrato de compraventa va envuelta la resolución resolutoria cuando no se paga el precio, porque es condición **sine qua non,** para que subsista el contrato, que se satisfaga el precio. De aquí que haya una relación íntima y obligada entre las disposiciones de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil. No es posible despreciar esta relación sin cometer un gran error de interpretación, que fue el cometido por el sentenciador, al aplicar el artículo 1546 indebidamente, por lo cual lo violó, como violó también el 1930, al dejar de aplicarlo al caso del pleito, como forzosamente tenía que hacerlo.

"El sentenciador, al pretender que los frutos de la administración de la finca son parte del precio de la venta, ha cometido un eror evidente, tanto más cuanto él se contradice en sus apreciaciones en el mismo fallo, según esta transcripción, al tratar de la acción rescisoria por lesión enorme:

'Consta, además, que el valor de esta venta es el de la cantidad de mil diez y siete pesos ($ 1,017) oro amonedado, así: mil siete pesos oro amonedado, el valor del inmueble mencionado, y diez pesos oro amonedado el valor de los derechos herenciales.....'"

La Corte observa:

El Tribunal, en su sentencia, dice que el pacto de conservar al vendedor en el goce de la finca vendida durante diez meses, "es de forzoso cumplimiento para el comprador Bravo, desde que se consignó como condición de la venta, lo cual vale tanto como decir que sin ella no se hubiera realizado tal venta."

Y más adelante:

"En suma, de lo aseverado por los testigos ya citados y por el mismo demandado, fuerza es colegir que éste no cumplió con lo pactado en el contrato contenido en la escritura número 106, por cuanto tomó para sí algunos frutos de los que al tenor del contrato pertenecían a su contraparte; y por cuanto obligó a Serrato a que le entregara la finca sin estar vencido el término de su administración. Se ha cumplido, pues, la condición tácita prevista por el artículo 1546 del Código Civil, como fundamento de la acción resolutoria."

Estos conceptos sustentan el fallo recurrido, porque si el contrato de venta era condicional, y no se cumplió por parte de Bravo, Serrato tenía indudablemente la acción resolutoria.

El sentenciador no ha interpretado mal el contrato, porque al decirse en él "que es condición la de este contrato que el comprador permite que el vendedor Tiburcio Serrato permanezca al frente de la administración de los bienes que por la presente vende, por el término de diez meses, contados desde esta fecha (la de la escritura), pudiendo como tal usufructuar de los frutos naturales de la finca raíz," tal condición no puede referirse sino al contrato de venta, porque antes de establecerla no se había hablado de ningún otro; y no ha interpretado mal la demanda, porque en ella se pide con toda claridad la resolución del contrato de venta, no del de administración, por no haberse cumplido la condición de que se ha hablado.

Por lo expuesto hasta aquí, el Tribunal no ha violado el artículo 1930 del Código Civil, porque el contrato de venta no sólo es resoluble por no haberse pagado el precio oportunamente, sino también por no haberse cumplido cualquiera otra condición válidamente establecida, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1546 del mismo Código; y, como se ha visto, el sentenciador no decretó la resolución, en último término, sino fundado en este último artículo.

Tampoco está violado el artículo 1501 de la misma obra, porque el Tribunal no ha confundido los contratos de venta y administración. Dijo, sí, que la condición de que se ha hablado, lo era del contrato de venta, y en eso está en lo cierto.

Puede ser erróneo el concepto del Tribunal, de que el goce que se le daba al vendedor formaba parte del precio de la venta; pero este error, si existe, en nada impide que se resuelva el contrato, por no haberse cumplido la condición a la cual se sujetó.

No hay, pues, lugar a infirmar el fallo por este primer motivo.

"Segundo motivo. En el instrumento número 106, a que se refiere la venta—dice el recurrente—hay un contrato accesorio que, por lo mismo, no puede dominar al principal, que por sí solo subsiste con prescindencia del otro. En efecto, se trata de un contrato sobre administración de la finca de la **Hoya del Malval,** que el comprador señor Bravo le entregó al vendedor señor Serrato, por el término de diez meses, fijando como remuneración de la tal administración, lo que produjeran los frutos naturales de ella, siempre que el administrador lo hiciera sin menoscabo de la buena conservación de la misma.

"A este contrato accesorio ha debido concretarse, ya el demandante, ya el sentenciador, una vez que los reparos hechos se concretan a que el señor Bravo, dueño de la finca, no cumplió, desde luégo que retiró al administrador señor Serrato de la administración antes del plazo fijado.

"Ha habido, pues, una desviación, quizá involuntaria del problema, al aplicar al contrato de venta la falta de

cumplimiento, si es que lo hubo, del contrato de administración, lo que indujo al Tribunal a cometer otro error evidente de hecho en la apreciación de la escritura número 106 ya citada, y por consiguiente violó, por mala aplicación, el artículo 1546 del Código Civil."

Ya se ha visto que la estipulación de que Serrato quedaría usufructuando la finca vendida, en calidad de administrador, no fue un simple pacto accesorio, sino expresa condición con que el mencionado Serrato efectuó la venta por el precio arriba dicho, y en tales circunstancias, el incumplimiento de la condición por parte del comprador, pone en manos del vendedor la acción resolutoria que afecta todo el contrato. Es, por tanto, también infundado este segundo motivo. Ni el Tribunal ha interpretado mal el contrato de compraventa, ni ha aplicado mal el artículo 1546 del Código Civil al caso del pleito, sino que, por el contrario, lo ha aplicado rectamente, como se ha visto.

"Tercer motivo. Los contratos accesorios, como el que estamos contemplando, tienen también sus reglas, a las cuales debe someterse, según lo dispone el artículo 1945 del Código Civil, según el cual ellos deben someterse a las reglas generales de los otros contratos. Si, pues, se hubiera demandado la resolución de este contrato de administración, por falta de cumplimiento de alguno de los contratantes y se hubiera probado la causa, claro está que el sentenciador hubiera podido declarar resuelto dicho contrato, con el consiguiente resarcimiento de perjuicios, o el cumplimiento de él, a voluntad del demandante. Entonces se habría cumplido lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, por llevar envuelta la condición tácita de cumplimiento de tal contrato de administración.

"Ha habido evidentemente un extravío en el elenco. Se perseguía un objeto, pero sin los medios propios para llegar a un resultado en armonía con el objeto mismo. No se podían confundir dos contratos perfectamente distintos, para aplicar al uno los defectos o informalidades de cumplimiento del otro. Es, en otro terreno, y permítaseme la comparación, como declarar enfermo al padre que está en excelente salud, porque el hijo sufre de graves dolencias. Es que la lógica se impone, y ella no falta ni en las leyes de la naturaleza.

"De esta desviación o confusión en que incurrió el Tribunal al contemplar en uno dos contratos perfectamente distintos, lo llevó a cometer otro error evidente de hecho, que lo indujo a violar el artículo 1945 del Código Civil, por no haberlo aplicado en el sentido en que me he permitido exponerlo, es decir, aplicar todas las leyes de los contratos al accesorio; y al propio tiempo también violó el artículo 1546 de la misma obra, por su mala aplicación al caso del pleito."

Lo dicho con relación a los dos cargos que preceden, sirve para declarar igualmente infundado este tercer motivo; pues la condición de que tánto se ha hablado no lo es del contrato de administración sino del de venta.

En tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es casable la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el veintinueve de agosto de mil novecientos veintisiete. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

Vistos:

El apoderado de la parte no recurrente en este nogocio, solicita que la Corte declare desierto el recurso de casación interpuesto por el doctor Jorge Eliecer Gaitán como apoderado de la parte demandada, porque cuando el mismo apoderado fundó tal recurso ante la Corte, ejercía las funciones de Representante al Congreso, y no ser por ello persona hábil para representar a su parte en el juicio, en vista de lo que dispone el artículo 10 de la Ley 90 de 1920, en relación con el artículo 216 del Código Judicial.

Para resolver, se considera:

Al establecer la última de las disposiciones citadas que los Senadores y Representantes no pueden ejercer poderes mientras gocen de inmunidad, ha consagrado una prohibición que acarrea nulidad en el procedimiento respectivo, a menos de presentarse por el Senador o Representante impedido licencia de la respectiva Cámara para ejercer el poder o ejecutar la gestión de que se trate.

En el presente caso aparece del certificado expedido por el señor Ministro de Gobierno con fecha veintinueve de octubre último, y de la publicación contenida en el número 21147 del **Diario Oficial**, correspondiente al día 20 de julio de 1929, que el doctor Jorge Eliecer Gaitán fue elegido Representante al Congreso por Cundinamarca, en el período de 1929 a 1930, y que ejercía estas funciones desde el veinte de julio del año próximo pasado hasta la fecha del certificado ya citado. Consta igualmente del informe del Secretario de la Corte, que el doctor Gaitán recibió el expediente para fundar el recurso de casación como apoderado de la parte demandada, el tres de septiembre último, y que lo devolvió con la demanda de casación el diez y siete del mismo mes. Aparece también de autos que el término para fundar el recurso venció. Todo lo anterior acredita que dicho recurso fue fundado por persona inhábil, como lo era el doctor Gaitán en ese tiempo, por razón de las funciones que ejercía, y por no haber presentado licencia de la Cámara para esa gestión como apoderado, la que, por consiguiente, no puede tenerse en cuenta.

Es, pues, el caso de aplicar la sanción establecida en el artículo 10 de la Ley 90 de 1920.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de casación interpuesto por el doctor Jorge Eliecer Gaitán, como apoderado de la parte demandada, en el juicio seguido por los representantes de la sucesión de Lucio C. Moreno contra Gertrudis Pulido Rubio, por no haberse fundado dicho recurso por persona hábil, y por haber transcurrido el término legal sin que la parte misma hiciera valer su derecho.

Reconócese al doctor Belisario Gómez como apoderado sustituto de Gertrudis Pulido Rubio, en los términos y para los efectos indicados en el anterior memorial-poder, el cual se copiará y pondrá en conocimiento de las partes por el término legal.

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

JUAN N. MENDEZ—**Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Bogotá, el doctor Joaquín M. Monroy demandó por los trámites de la vía ordinaria a Numa Pompilio Lozano Monroy, para que, por sentencia definitiva, se hicieran contra él las declaraciones siguientes:

"Primera. Que se declare resuelto, en todas sus partes, el contrato que reza la escritura número 2139, de veinticuatro de octubre de mil novecientos doce, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, por la cual le hice cesión de los siguientes créditos:

"a) El que el señor José Miguel de Paz suscribió en esta ciudad el veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuatro, a favor del presbítero doctor Juan Nepomuceno Parra, por la cantidad de cuarenta y un mil pesos ($ 41,000) papel moneda, el cual se halla en el Juzgado 4º de este Circuito, como base de la tercería coadyuvante que el doctor Adolfo León Gómez introdujo en el ejecutivo que el doctor Nicolás Esguerra seguía contra el precitado señor José Miguel de Paz, crédito que dicho señor Parra traspasó a mi esposa, la señora Inés de la Torre de Monroy, y que yo, en su representación, traspasé a la señora Verónica Hernández, por mandato confidencial del demandado Lozano.

"b) El que el mismo señor José Miguel de Paz suscribió en esta ciudad como fiador solidario de Rafael Arrázola, por la cantidad de setenta mil pesos ($ 70,000) papel moneda, de los cuales quedó a deber la cantidad de veinte mil pesos papel moneda con sus intereses; este crédito se halla en el Juzgado 4º de este Circuito, acumulado al mismo juicio ejecutivo del doctor Esguerra, y cuyo pago y gradación se ha ordenado por la sentencia de veinte de febrero de mil novecientos veintitrés.

"c) El que el mismo señor De Paz suscribió en dos obligaciones a favor del señor Francisco Fonseca Plazas, por la cantidad de ochenta mil pesos papel moneda e intereses de esta suma, dando en prenda títulos de baldíos por cien mil hectáreas de baldíos en el Departamento de Panamá, cuyo traspaso se considera hecho, toda vez que el otorgante Monroy era dueño de los derechos y acciones de que tratan las escrituras números 1391, 1394, de fechas quince y diez y seis de julio de mil novecientos doce, otorgadas en la Notaría 2ª de este Circuito.

"Segunda. Que asimismo se declare resuelto y de ningún valor ni efecto la transfrencia de los derechos, créditos y acciones que reza la escritura número 2150, de veinticinco de octubre de mil novecientos dos, que en cumplimiento y ejecución del contrato anteriormente citado, hice al día siguiente, o sea el veinticinco de octubre de mil novecientos doce al demandado, en la misma Notaría 2ª de este Circuito, y cuyo precio no me ha pagado y está en mora de entregarme, para que dicha venta quedara perfecta o consumada, de acuerdo con el contrato que reza la escritura número 2139, de veinticuatro de octubre, ya mencionada, plazo que expiró el veinticuatro de abril de mil novecientos trece, que es el día en que venció el semestre allí señalado en la cláusula séptima del aludido contrato, para su pago. Estos derechos están vinculados en un terreno o hacienda denominada **Altamira** o **Escalante**, hoy llamada **La Victoria**, situada en jurisdicción del Municipio de Tena, y comprendido dentro de los linderos que más adelante se expresarán.

"Tercera. Que seis días después de pronunciada la sentencia resolutoria del contrato mencionado y del que reza la escritura número 2150, de que ya hice mérito, se me haga la devolución y entrega de los créditos expresados en la cláusula segunda, con los privilegios que ellos contienen, sus intereses a la rata en ellos estipulada, las costas a que han dado lugar, siendo de cargo del demandado Lozano todos los gastos que ocasione dicho traspaso, y el otorgamiento de la escritura por la cual debe devolverme los derechos y acciones que le transferí, repito, sin recibir el precio de ellos, y únicamente en cumplimiento y ejecución del contrato que reza la escritura número 2139, de veinticuatro de octubre de mil novecientos doce, de que ya hice relación.

"Cuarta. Que subsidiariamente, y para el caso improbable de que cuando se pronuncie la sentencia resolutoria de los dos contratos anteriormente expresados, hubiere cobrado y hecho efectivo el pago de mis créditos, derechos y acciones, o se hubiere rematado ya la hacienda de **La Victoria**, antes llamada **Altamira** o **Escalante**, se le condene a pagarme, en moneda corriente, la cantidad de veinte mil pesos, en que estimo el valor actual de los mencionados créditos, derechos y acciones a que me he referido ($ 20,000).

"Quinta. Que como los derechos y acciones de que trata la escritura número 2150, de veinticinco de octubre de mil novecientos dos, pasada ante el Notario 2º de este Circuito, se hallan vinculados en la hacienda de **Altamira** o **Escalante**, y el señor Lozano ha estado y está actualmente en posesión de ella, cultivando cañas, maíz, plátano, fique, cebando ganado y marranos y explotando la caña, la leña y demás productos de la hacienda en su exclusivo provecho, se le condene a pagarme el valor de los frutos que me corresponden, o en que fueren avaluados éstos por peritos, desde el veinticinco de octubre de mil novecientos trece hasta el día en que quede firme la sentencia resolutoria de los expresados contratos; y

"Sexta. Que por el hecho de no haber dado cumplimiento a los contratos contenidos en las escrituras de que he hecho mérito, en la forma y términos debidos, y el no menos grave de haber dejado de pagar la mayor parte de su precio, el demandado ha incurrido en la violación del contrato, lo cual me da derecho a demandar la resolución de él, junto con la indemnización de perjuicios resultantes, los cuales, jurando no proceder de malicia, estimo desde ahora en la cantidad de diez mil pesos moneda corriente."

Fundó esta demanda en varios artículos de los Códigos Civil y Judicial, y en los hechos que a continuación se transcriben:

"1º Que yo, en ejecución y cumplimiento del contrato expresado en la escritura número 2109, de veinticuatro de octubre de mil novecientos doce, pasada ante el Notario 2º de este Circuito, y cuyo testimonio, debidamente registrado, acompaño a usted en tres fojas útiles, hice cesión **únicamente** de los créditos antes expresados, al demandado, sin haber recibido su valor sino con la promesa de recibirlo en la forma y plazos estipulados en las cláusulas cuarta y séptima del contrato.

"2º Que, confiado en la misma promesa de pago, y de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas cuarta y séptima de la escritura número 2139, de veinticuatro de octubre de mil novecientos doce, le transferí al demandado Lozano los derechos y acciones que yo, por los instrumentos públicos números 1391 y 1394, de fechas quince y diez y seis de junio de mil novecientos doce, adquirí

de los señores José Miguel, Manuel María y Santiago de Paz Baena y de la señora Rosalía Baena de Paz, sin que el precio de estos derechos se me hubiera pagado, sino, repito, confiado únicamente en la promesa de pago cuando se fueran cumpliendo los plazos allí señalados.

"3º Que al señor Lozano le hice, conforme al aludido contrato, la cesión de los créditos y le transferí los derechos y acciones; de los primeros, está devengando intereses, y de los segundos se halla en posesión, pues tiene la tenencia material de la hacienda de **Altamira o Escalante, hoy Santa Rosalía,** finca que es el único inmueble embargado en el juicio ejecutivo contra los herederos del señor De Paz, y de cuyos frutos goza exclusivamente el hijo del demandado señor Numa Pompilio Lozano, señor Abelardo Hernández Lozano, de común acuerdo con su padre.

"4º Que desde que yo me desprendí de los derechos, créditos y acciones expresados en las cláusulas primera y segunda del mencionado contrato, sin pagarme el precio de unos y otros, he dejado de ganar y de utilizarme de los frutos de esos bienes, y en cambio, el demandado Lozano disfruta de ambas cosas en la forma que lo tengo dicho, causándome enormes perjuicios en mis intereses con la demora en el pago.

"5º Que el demandado Lozano se obligó, en la cláusula cuarta del contrato, a suministrarme el dinero que para cada operación comercial fuere necesario, a fin de obtener los otros créditos que existen en el Juzgado 4º, acumulados al ejecutivo del doctor Nicolás Esguerra, y que son: uno, por novecientos cincuenta pesos moneda corriente, a favor de la sucesión del señor Jesús Antonio Gutiérrez, como cesionario del Montepío, y el de los herederos de Ricardo Gómez, por doscientos treinta pesos oro. Estos créditos se han debido comprar, desde hace mucho tiempo, si el demandado Lozano me hubiera suministrado el dinero suficiente para comprar, o hubiera atendido las insinuaciones y reclamos que en repetidas ocasiones le he hecho para que los compre directamente, y así poder llegar sin inconveniente a copar el valor total de los créditos que pesan sobre la hacienda, y poderla rematar. Pues sin obtener los otros créditos que faltan y que pesan sobre la hacienda de **La Victoria,** no se puede obtener el resultado que el demandado se propone.

"6º Que yo he cumplido estrictamente el contrato en todas sus partes, adelantando el juicio ejecutivo, las tercerías coadyuvantes, iniciando el juicio sobre las mejoras, hasta poner el negocio en el estado en que se halla hoy, con señalamiento del día diez y siete del mes entrante para que se verifique el remate de las tántas veces mencionada hacienda de **Altamira o Escalante,** hoy **La Victoria,** sin suministrarme dinero para los cuantiosos gastos judiciales que se han hecho en la secuela del juicio, **ni un solo centavo por mis honorarios,** ni darme, repito, el dinero necesario, y a que se obligó el demandado en la cláusula cuarta del contrato tántas veces referido, para comprar los créditos que faltan.

"7º Que conforme a la cláusula séptima del contrato a que me vengo refiriendo, Lozano se obligó a pagarme por los créditos **únicamente enumerados** en las cláusulas primera y segunda, y la tradición de mis derechos y acciones, la cantidad de trescientos cincuenta mil pesos papel moneda, valor total del contrato, pago que se obligó a hacerme dentro del término de seis meses, a contar de la fecha de éste, o sea el veinticuatro de abril de mil novecientos trece, cosa que no ha querido verificar, como lo acredita el hecho de no haberse cancelado el instrumento número 2139, de veinticuatro de abril de mil novecientos doce, contentivo de las estipulaciones a que me he referido.

"8º Que el demandado Lozano no sólo está en mora de pagarme el precio de mis créditos, derechos y acciones, sino los gastos judiciales que he hecho en la secuela de los juicios, el valor de mis honorarios y los intereses de mis créditos, en más de diez y ocho años largos, con cuya omisión y falta de cumplimiento me ha causado grandes perjuicios en mis intereses, por todo lo cual, y cansado de ver expirar una tras otra las promesas de pago y cumplimiento del contrato, he resuelto pedir, como en efecto pido, la resolución de los contratos que rezan los instrumentos números 2139 y 2150, pasados en la Notaría 2ª de este Circuito, con fechas veinticuatro y veinticinco de octubre de mil novecientos doce, que debidamente registrados acompaño en cinco fojas útiles, como prueba de mi demanda y base jurídica de los derechos cuya resolución demando."

Contestó el demandado manifestando que, según el primer contrato celebrado con el doctor Monroy, éste se comprometió a ciertas prestaciones que no cumplió; y que el segundo contrato fue de compraventa al contado, y por él nada le quedó debiendo al demandante. Negó los hechos, y se opuso, en consecuencia, a las pretensiones del actor.

El Juez desató el litigio absolviendo al demandado, y condenando en costas al actor.

El Tribunal de Bogotá confirmó la sentencia del inferior.

El doctor Monroy interpuso, contra la del Tribunal, recurso de casación, que admite la Corte, por estar ajustado a la ley, y procede a decidir, previo el estudio de la demanda respectiva.

El Juez consideró que el demandante no había cumplido con la obligación de ceder a Lozano los créditos de que trata la cláusula 3ª de la escritura número 2139, de veinticuatro de octubre de mil novecientos doce, y, por lo mismo, no puede pedir la resolución del contrato que esa escritura reza, porque en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos (artículo 1609 del Código Civil).

El Tribunal analiza el contrato, cuya resolución se pide, en la forma siguiente:

"Monroy se obligó:

"**a)** A transferir los derechos y acciones que a cualquier título y en cualquier clase de bienes tenía en la sucesión del señor José Miguel de Paz, y que había adquirido por cesión de los herederos y cónyuge sobreviviente de éste, según las escrituras que al efecto se citan.

"**b)** A hacerle cesión **como dueño** de los créditos que se mencionan en la cláusula tercera del contrato, a cargo de los herederos de José Miguel de Paz.

"**c)** A recoger los créditos contra el mismo señor José Miguel de Paz, que obran en juicios que se ventilan ante los Juzgados 3º y 4º de este Circuito, créditos que Monroy debía adquirir con dinero que en cada operación le suministrara Lozano.

"**d)** A traspasar los créditos a que se refiere el punto anterior, a medida que los fuera adquiriendo de sus dueños; y

"**e)** A adelantar como apoderado de Lozano, las ejecuciones, tercerías, juicios sobre las mejoras de **Altamira** y demás diligencias judiciales, hasta obtener en favor del citado Lozano la diligencia de remate de la finca **Altamira.**"

Por su parte, Lozano se obligó para con Monroy, a lo siguiente:

"1º A suministrarle el dinero necesario para la adquisición de los créditos de que trata el punto **c)**, en los plazos que se indican al efecto.

"2º A pagar a Monroy por la cesión de los derechos y acciones de que se habla en el punto **a)**, la cantidad de ciento setenta mil pesos papel moneda, suma por la cual se constituyó deudor de Monroy. Esta cantidad debía cubrirse: ciento cincuenta mil pesos de contado y el resto en otra oportunidad, que se indica en el contrato."

Al día siguiente de la celebración del contrato primitivo se otorgó la escritura 2150 en la Notaría 2ª de Bogotá, por la cual el doctor Monroy hizo cesión a Numa Pompilio Lozano de todos los derechos y acciones que en la sucesión de José Miguel de Paz tenía y que había adquirido por compra a los herederos y cónyuge sobreviviente del mismo señor Paz, y se estipuló como precio de la venta la cantidad de ciento setenta mil pesos, que Monroy declaró haber recibido del comprador a su satisfacción.

El Tribunal conceptúa que por el contrato de que acaba de hablar, quedaron cumplidas las cláusulas 2ª y 7ª del contrato primitivo. Pero quedaba pendiente la obligación contraída por Monroy de cederle a Lozano los créditos contra la mortuoria de José Miguel de Paz, de los cuales era dueño el expresado Monroy. Y como éste no ha demostrado el cumplimiento de esa obligación, mal puede pedir la resolución del contrato. Llegó, pues, el Tribunal, a las mismas conclusiones del Juez.

El recurrente alega la primera causal de casación, y sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho en la interpretación de los contratos celebrados entre él y Numa Pompilio Lozano, y como consecuencia quebrantó los preceptos de la ley, que adelante mencionará.

Dice el recurrente:

"Yo compré a José Miguel, Juan María y Santiago Paz Baena y a la señora Baena y Zea de Paz, todos los derechos y acciones que a cualquier título y **en cualquier clase de bienes** les correspondieran o pudieran corresponderles en la sucesión de su padre, más los derechos litigiosos que tuvieran o pudieran tener los mismos en la hacienda de **Altamira** o **Escalante**, y a la señora le compré y adquirí los derechos y acciones que tuviera por gananciales o a cualquier otro título, inclusive los créditos que dicha señora tuviese contra la misma sucesión del señor De Paz. Yo era, pues, dueño de estos derechos, créditos, etc., y los transferí a Lozano por la escritura número 2150, de veinticinco de octubre de mil novecientos doce, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito. Yo era dueño, **por consiguiente**, de los créditos que reza la cláusula tercera del contrato contenido en la escritura número 2139, de veinticuatro de octubre de mil novecientos doce, porque la venta hecha a mí **cobijó todo**, absolutamente todo, y en ese todo o universalidad de derechos, entraron los créditos que traspasé al mismo Lozano Monroy por el instrumento número 2150, de veinticinco de octubre de mil novecientos doce, o sea al día siguiente de firmado el pacto o contrato primero, y en que dije:

'Tercero. Que por la presente escritura (la número 2150), el otorgante Joaquín M. Monroy daba en venta real y enajenación perpetua a Numa Pompilio Lozano Monroy los relacionados **derechos, créditos** y **acciones** como los había adquirido de los vendedores Paz Baena y de la señora Baena de Paz.

'Cuarto. Que el precio de esta venta era la cantidad de $ 170,000 papel moneda, que declaré recibidos, porque en la cláusula séptima del primer contrato que reza la escritura número 2139, de veinticuatro de octubre, así se estipuló por ambas partes, para pagarlos en el término de seis meses, a contar de la fecha del contrato celebrado el veinticuatro de octubre de mil novecientos doce, según lo dice expresamente la cláusula séptima de aquél, que es del tenor siguiente:

'Por la venta de los derechos y acciones, cesión de los créditos personales expresados, los que para efectos del mismo se aprecian en la cantidad líquida de $ 170,000 papel moneda, Lozano se constituye deudor de Monroy de la cantidad de $ 350,000 papel moneda, que pagará en el término de seis meses, a contar de la fecha de este contrato.' "

El autor del recurso entiende, pues, que por la escritura número 2150, de veinticinco de octubre de mil novecientos doce, otorgada en cumplimiento de una parte de las estipulaciones del contrato celebrado el día anterior, él traspasó a Lozano no sólo los derechos hereditarios y los que le correspondían en la sucesión de José Miguel de Paz al cónyuge sobreviviente, sino los que reza la cláusula tercera del contrato primitivo, y que sólo quedó con la obligación de recoger los créditos que contra la sucesión existían, mediante los suministros de dinero que para el efecto se comprometió a hacer Numa Pompilio Lozano.

Estima, por tanto, que el Tribunal, al no declarar la resolución del contrato por falta de pago del precio, violó los artículos 1546, 1930, 1863, 1932, 1935, 1936 del Código Civil, tanto por mala interpretación de ellos como por indebida aplicación al caso del pleito.

La Corte observa que basta leer la escritura número 2150 de veinticinco de octubre de mil novecientos doce, para cerciorarse de que el contrato se limitó a la venta que hizo el doctor Monroy a Numa Pompilio Lozano de los derechos, créditos y acciones que a José Miguel, Manuel María y Santiago Paz Baena correspondían en la sucesión de su padre José Miguel de Paz, y los derechos litigiosos que tenía cada uno de los vendedores Paz en el pleito sobre la hacienda de **Altamira**, y los derechos que en la misma sucesión y en la hacienda dicha le correspondían a la cónyuge sobreviviente del señor Paz.

Ahora bien: Por la cláusula tercera del contrato primitivo, Monroy se comprometió a ceder varios créditos que le pertenecían en contra de los herederos del señor Paz; uno de $ 41,000 papel moneda, y otros de $ 20,000 y $ 80,000 de la misma moneda. El cumplimiento de esa obligación no aparece demostrado, y no ha incurrido el Tribunal en el error que le atribuye el autor del recurso, al no deducir del segundo contrato, que Monroy hizo también la cesión de esos créditos, tanto más cuanto se fijó como precio de los derechos de los herederos de Paz y de la cónyuge sobreviviente, la suma de $ 160,000, que fue la cantidad que Monroy recibió al hacerle a Lozano el respectivo traspaso.

En consecuencia, no existiendo la errónea interpretación de los contratos sobredichos, base de la acusación que se examina, no ha habido quebrantamiento de las

disposiciones de la ley sustantiva que invoca el recurrente.

Agrega luégo que a él no le era dado cumplir la obligación que contrajo según la cláusula cuarta de la escritura número 2139, de veinticuatro de octubre de mil novecientos doce, consistente en recoger los créditos que contra el señor De Paz existían en los Juzgados 3º y 4º del Circuito, ya que para ello se comprometió Lozano a suministrarle los fondos necesarios, según lo reza la cláusula expresada, y este señor no le dio suma alguna para el efecto. Tampoco, dice, pudo cumplir con la obligación que contrajo de adelantar, como apoderado de Lozano, los juicios en que figuraban tales créditos, ya que Lozano no entregó el dinero que se comprometió a dar para adquirirlos, y, por lo mismo, no podía otorgar poder a fin de proseguir los juicios.

Lozano, concluye, fue el que faltó a sus compromisos, y, por lo mismo, hubo en el Tribunal errónea apreciación de las pruebas al respecto y violación de los artículos 1930, 1932, 1935 y 1936 del Código Civil, al no declarar la resolución del contrato que es objeto de la demanda.

Continúa diciendo que en la contestación de la demanda, el demandado confesó que él no había suministrado dinero alguno para la compra de los créditos, confesión que es plena prueba, según lo estatuído en el artículo 556 del Código Judicial, que fue quebrantado en el fallo.

Se considera:

El Tribunal no imputa a Monroy la falta de cumplimiento de las obligaciones de que trata este capítulo de acusación. El argumento capital de la sentencia consiste en que no aparece demostrado que Monroy cediera a Lozano los créditos que eran de propiedad del primero, y de los cuales trata la cláusula 3ª de la escritura de veinticuatro de octubre de mil novecientos veinte, por lo cual, dice el Tribunal, no comprobó el doctor Monroy el hecho sexto de su demanda, en que afirma haber cumplido estrictamente, por su parte, el contrato.

En efecto, dice el Tribunal:

"Lo anterior es suficiente para llegar a la conclusión que la primera petición de la demanda no puede tener éxito favorable, siendo de advertir que los créditos expresados en la cláusula 3ª son distintos de aquellos a que se refiere la cuarta: los de la primera pertenecían al doctor Monroy, y a la fecha del contrato eran de cargo de los herederos de José Miguel de Paz, según reza la cláusula; y los segundos, debía adquirirlos Monroy con dinero que Lozano debía suministrarle, y eran a cargo de José Miguel de Paz."

Se queja el autor del recurso que su petición subsidiaria, relativa al pago de frutos civiles y naturales de la hacienda de Altamira, le fue calificada de exótica e improcedente, hasta el punto de no haber sido estudiada por el sentenciador, con lo cual fue violado el artículo 843 del Código Judicial, porque toda cuestión que haya sido materia del debate debe ser resuelta en la sentencia. Otra cosa, dice, es que se decida negativamente, mas no que se prescinda de resolverla.

La Corte observa que el Tribunal, al considerar la petición aludida, expresó el concepto de que era improcedente y errada la acción dentro del presente juicio, por lo cual no entraba en mayores razonamientos. Y como luégo absolvió de ellas al demandado, no puede decirse que dejara de fallarla.

En consideración a lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el veinte de marzo de mil novecientos veintiocho, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

JUAN N. MENDEZ — **Francisco Tafur A.—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

El señor Víctor María Pardo, por medio de apoderado, demandó ante el Juez del Circuito de Vélez a los señores Francisco Herrera y Celia Herrera Acuña, para que, con su audiencia, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nulo el testamento que aparece otorgado por la señora Balbina Acuña el día veintiuno de mayo de mil novecientos veinte en el Municipio de Güepsa, ante los testigos señores Fortunato Quiroga, Carlos A. Ulloa, Benjamín S. Andrade, Sergio Angulo y Ricardo Herrera, por cuanto en su otorgamiento no se cumplieron las formalidades exigidas por la ley para la validez de testamentos de esta clase.

"Segunda. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se resuelva que la herencia de Balbina Acuña, junto con sus frutos naturales y civiles, debe repartirse entre sus herederos, de conformidad con las reglas establecidas para la sucesión intestada.

"Tercera. Que en caso de que los demandados se opongan a esta demanda, se les condene en costas.

"Subsidiariamente, y para el improbable caso de que se declare que no hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas, pido muy atentamente que se decrete la reforma del testamento a que se ha hecho referencia, en el sentido de que se reconozca a mi mandante, como cesionario de los señores Euclides, Manuel y Ana Delia Herrera, la legítima a que tienen derecho en la sucesión de Balbina Acuña, como descendientes legítimos de ésta, y en representación de su padre Ismael Herrera Acuña."

Fundó esta demanda en los artículos 1071, 1072, 1073, etc., del Código Civil, y en los hechos siguientes:

"Primero. Las disposiciones contenidas en el documento que se ha llamado testamento nuncupativo de Balbina Acuña, y a que se refiere la primera petición de esta demanda, que se halla protocolizado en la Notaría 1ª de este Circuito, bajo el instrumento número 106, del año de mil novecientos veintitrés, no fueron dictadas personalmente por la citada señora Balbina Acuña, sino por uno o más de los individuos que estuvieron presentes en el momento en que se redactaba tal documento.

"Segundo. En el momento de redactarse el llamado testamento a que vengo refiriéndome, la señora Balbina Acuña no manifestó su asentimiento a las cláusulas que se iban redactando de viva voz, sino por simples movi-

mientos; y en manera alguna expresó clara y distintamente cuáles eran sus disposiciones testamentarias.

"Tercero. Terminada la redacción del documento en cuestión, la señora Balbina Acuña no designó a ninguno de los testigos para que lo leyera; y

"Cuarto. En el momento de redactarse el documento a que me refiero, la señora Balbina Acuña tenía casi totalmente perdido el uso de la palabra, en términos que no solamente no manifestó su asentimiento verbalmente a las disposiciones que contenía el llamado testamento, sino que ni siquiera rogó de palabra al señor Rafael Reyes para que firmara por ella, y en vista de que la señora manifestó su asentimiento por medio de un movimiento de cabeza, Reyes suscribió el testamento a ruego de la señora Balbina Acuña.."

"Además de los hechos aducidos como base de la acción principal, alego como fundamento de la acción subsidiaria de reforma, los siguientes hechos:

"a) Que Ismael Herrera Acuña fue hijo legítimo de Balbina Acuña.

"b) Que los cedentes de mi mandante, Euclides, Manuel y Ana Delia Herrera, son hijos legítimos de Ismael Herrera Acuña, y por consiguiente, nietos legítimos de Balbina Acuña.

"c). Que Ismael Herrera murió antes que su madre Balbina Acuña, y por consiguiente, de conformidad con lo establecido por el artículo 1041 del Código Civil, debe ser representado por sus hijos legítimos Euclides, Manuel y Ana Delia, hoy por el cesionario de éstos, señor Víctor M. Pardo, mi mandante; y

"d) Que en el testamento en referencia, la testadora dispuso de sus bienes sin tener en cuenta a los descendientes legítimos de su hijo legítimo Ismael Herrera Acuña."

Seguido el juicio sin que los demandados hubieran contestado la demanda, el Juez lo falló así en primera instancia:

"Declara que en este juicio existe la excepción perentoria de carencia de acción del demandante o de petición antes de tiempo, y lo falla absolviendo a los demandados, señores Francisco Herrera y Celia Herrera Acuña, de los cargos de la demanda, en cuanto a ellos atañe.."

El Tribunal Superior de San Gil decidió la segunda instancia en los términos siguientes:

"1º Revócase por contrario imperio la sentencia proferida por el señor Juez 2º del Circuito de Vélez, con fecha diez y seis de marzo de mil novecientos veintisiete, en el presente juicio.

"2º Declárase no probada la nulidad absoluta del testamento otorgado por la señora Balbina Acuña en Güepsa, el veintiuno de mayo de mil novecientos veinte, nulidad demandada en primera instancia mediante apoderado, por Víctor M. Pardo.

"3º Refórmase dicho testamento en el sentido de reconocer a Manuela de Jesús, Euclides, María Ana Belia o Delia y Alfredo Herreras, el carácter de legitimarios de Balbina Acuña, en representación de Ismael Herrera; y

"4º Téngase a Víctor M. Pardo como cesionario de los derechos y acciones comprados por las escrituras números 257 y 153, que obran a los folios 1º a 5º del cuaderno de pruebas de la segunda instancia y de que antes se hizo mérito.

"Sin costas, por no haber injusticia notoria en la actuación sostenida por la parte no favorecida.".

Contra esta última providencia, el personero de la demandada señora Celia Herrera, interpuso recurso de casación, que la Corte procede a resolver, por ser admisible de acuerdo con la ley.

El apoderado ante el Tribunal, de la señora recurrente, alega la primera causal de casación, y sostiene que el sentenciador violó los artículos 1014, 1239 y 1240 del Código Civil; 248 de la Ley 105 de 1890; y las disposiciones contenidas en la sección 3ª del juicio sucesorio, que trata de la petición de herencia, por haber reconocido a Manuel de Jesús, Euclides, Mariana Belia o Delia y Alfredo Herrera como legitimarios de Balbina Acuña en representación de Ismael Herrera, sin que previamente se hubiera discutido la parte sustantiva de ese punto capital, cual es el de saber si dichos señores podrían intervenir en el juicio como legitimarios y por derecho de representación. Agrega que fueron también quebrantados los artículos 1255, 1249, 1252 y 1257 del Código Judicial, que tratan del juicio previo sobre declaración de herederos, formalidad que fue pretermitida en la sentencia.

Observa la Corte que el Tribunal sí estudió todas las pruebas tendientes a demostrar la condición jurídica de los señores Herreras como herederos legitimarios de la señora Balbina Acuña, y fundado en ellas, les reconoció el derecho a reclamar su legítima por la vía de reforma del testamento.

La sentencia hace un estudio detenido de todas las partidas del estado civil y demás probanzas aducidas para establecer que los señores Herreras son nietos legítimos de la testadora señora Balbina Acuña, y, por consiguiente, herederos legitimarios de ella. Y no es preciso para instaurar la acción de reforma de un testamento, como lo pretende el autor del recurso, que previamente se haya hecho la declaración judicial de herederos, ya que la prueba sustancial del derecho a una herencia intestada es la de los nexos de familia, establecidos por los medios que determina la ley.

Estima el recurrente que fue quebrantado el artículo 240 del Código Civil, porque no aparece probado que el acta de legitimación de los Herreras les fuese notificada a los legitimados. Olvida el autor del recurso que, conforme al artículo 249 del mismo Código, sólo el supuesto legitimado o sus descendientes legítimos en el caso que el artículo prevé, pueden impugnar la legitimación, por haberse omitido la notificación prevenida en el artículo 240.

Luégo acusa la sentencia por quebrantamiento del artículo 22 de la Ley 57 de 1887, porque, si es verdad, dice, que el legislador confirió a las actas eclesiásticas los mismos efectos que a las civiles, también es cierto que si éstas exigen las firmas de los padres que confieren el beneficio de la legitimación, no hay razón para que a aquéllas se las exima de una garantía que mira a su autenticidad.

Se refiere este cargo al acta del matrimonio celebrado entre Ismael Herrera y Belisa Ríos, el cinco de enero de mil novecientos siete, en la cual consta que voluntariamente legitimaron a sus hijos Manuel de Jesús, Euclides, María Ana Belia y Alfredo Herrera, según lo certifica el párroco que solemnizó el matrimonio.

La Corte, sin entrar a resolver lo que pueda ocurrir cuando se omite la firma de los contrayentes en el acta de matrimonio en que se verifique una legitimación, firma ordenada por la Conferencia Episcopal reunida en Bogotá el año de mil novecientos trece, en el caso pre-

sente, que se refiere a una época anterior, contesta el cargo con la doctrina tántas veces repetida, de que el acta del matrimonio católico, con la sola firma del párroco, al mismo tiempo que acredita el matrimonio, comprueba la legitimación. (Véase **Gaceta Judicial**, tomos 30, página 116, y 31, página 281).

Concluye el recurrente, fundado en los anteriores reparos, que el Tribunal debió declarar probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido, y, por tanto, violó el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, que ordena reconocer en la sentencia las excepciones que se hallen plenamente justificadas. Pero, como se ha visto, no aparece probada la excepción de que se trata. Además, según doctrina constante de la Corte, no puede fundarse la casación en el quebrantamiento del artículo 51 de la Ley 105 de 1890, cuando el Tribunal no reconoce una excepción perentoria que no ha sido propuesta ni alegada.

El apoderado del recurrente ante la Corte alega las causales 1ª y 2ª de casación.

Por dos conceptos considera que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas en el juicio; primero, porque dejó de resolver sobre uno de los puntos objeto de la controversia, o sea sobre la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería del señor Víctor M. Pardo, que se presentó en el juicio como cesionario de los derechos y acciones materia del litigio, sin haber acreditado esa calidad; y segundo, porque oficiosamente el Tribunal reconoció a Alfredo Herrera la calidad de legitimario de Balbina Acuña, en representación de Ismael Herrera, sin que el señor Víctor María Pardo hubiera establecido demanda, diciéndose cesionario del expresado señor Alfredo Herrera, ni éste hubiera pedido declaración alguna en su favor. El fallo resuelve, pues, sobre un punto ajeno a la demanda.

Con relación al primer cargo considera la Corte que el Tribunal falló expresamente sobre el punto que echa menos el autor del recurso, y, por lo mismo, no peca de deficiente el fallo al respecto. Dice así la sentencia en el punto 4º:

"Téngase a Víctor M. Pardo como cesionario de los derechos y acciones comprados por las escrituras números 257 y 153, que obran a los folios 1º a 5º del cuaderno de pruebas de la segunda instancia, y de que antes se hizo mérito."

Por lo que atañe al segundo reparo, es evidente que hubo exceso en el fallo al reconocer como legitimario al señor Alfredo Herrera, cuyos derechos no son materia del presente litigio; pero como este exceso del fallo sólo engendra una casación parcial que se traduce en la respectiva reforma, es preciso entrar a estudiar la causal primera, aducida también en el presente recurso.

Considera el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al reconocer a Víctor M. Pardo como cesionario de los derechos y acciones hereditarios de Euclides, Manuel y Ana Delia Herrera, y al reconocerle la personería sustantiva para reclamar como dueño la legítima correspondiente a tales derechos. El error consiste en haber dado el Tribunal a los instrumentos públicos, por los cuales compró Pardo a los Herreras sus derechos hereditarios, un mérito distinto del que expresamente les asigna la ley, o mejor, en haberlos tenido como prueba de la transmisión de los expresados derechos, sin los requisitos que la ley exige, puesto que tales instrumentos aparecen registrados en el Libro 1º, en vez de serlo en el Libro número 2º, como lo dispone el artículo 1641 del Código Civil, una vez que no se trata de títulos que transmitan, limiten o graven el dominio sobre inmuebles, que son los que se anotan en el primero de dichos libros.

Esos títulos, como se acredita con la nota de registro puesta al final de ellos, continúa diciendo el autor del recurso, fueron registrados en el Libro 1º, debiendo haberlo sido, por mandato de la ley, en el Libro número 2º, y, por tanto, no están registrados en forma legal, ni hacen fe, al tenor del artículo 2673 del Código Civil, que dice:

"Ninguno de los títulos sujetos a inscripción o registro hacen fe en juicio, ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código."

De donde resulta, dice el recurrente, que no apareciendo debidamente comprobado el carácter de cesionario del demandante, la consecuencia jurídica inmediata era la absolución del demandado, por carecer el actor de personería para demandarlo en la calidad que invocó, y, por tanto, el Tribunal, al no pronunciarse en la forma indicada, y al reconocer al actor como cesionario, con fundamento en las tántas veces mencionadas escrituras públicas, las apreció indebidamente, incurrió en errores de hecho y de derecho, y quebrantó, en consecuencia, los artículos 1641, 2673, 2674, 1321 y 1274 del Código Civil.

Considera la Corte que el libro en que deben registrarse las ventas de derechos hereditarios ha sido materia de dudas entre los registradores en las distintas regiones del país, y así en unas partes la anotación se verifica en el libro de causas mortuorias, y en otros, en el Libro número 2º, lo que ha dependido de la falta de claridad de la ley en ese punto.

La Corte, en informe presentado al Congreso de 1923, expresó así este concepto:

"Ha dado ocasión a dudas en recientes fallos de la Corte, en qué libros deben registrarse las enajenaciones de derechos hereditarios, en vista de los términos oscuros del artículo 38 de la Ley 57 de 1887, por lo cual en varios Circuitos de Registro se han inscrito esos títulos en el Libro número 2º, y otros, en el libro de registro de causas mortuorias.

"La Corte en su jurisprudencia ha considerado que, siendo dudoso el punto para los Registradores, no se puede desconocer el valor de los títulos registrados en uno o en otro libro. Sería, pues, conveniente que se precisara por medio de una ley, en qué libro deben ser registradas las enajenaciones futuras de derechos hereditarios, hechas antes o después de iniciado el respectivo juicio de sucesión, y reconociendo valor jurídico a los registros inscritos en el Libro número 2º o en el de causas mortuorias.

"Como en este libro va quedando la historia de las transmisiones de la propiedad por el título de la sucesión hereditaria, sería acertado ordenar que las enajenaciones de derechos hereditarios se registren en el libro de causas mortuorias, al cual podría cambiársele con ventaja el título, por el de **registro de sucesiones.**"

Ahora se trata de una inscripción verificada en el Libro número 1º, hecha por el Registrador de Vélez, sobre la base de que recayendo los derechos hereditarios vendidos sobre un acervo hereditario, cuyo componente principal era una propiedad raíz, se estaba en el caso de la mutación de dominio de ella.

No incurrió, pues, el Tribunal en los errores de hecho y de derecho que se le imputan, ni en consecuencia, en la violación de los artículos del Código Civil, que ha señalado el recurrente.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal de San Gil el seis de febrero de mil novecientos veintiocho, en la parte en que reconoce a Alfredo Herrera como legitimario de Balbina Acuña en representación de Ismael Herrera. En consecuencia, la sentencia del Tribunal, con la variación corespondiente, queda así:

1º Revócase por contrario imperio la sentencia proferida por el Juez 2º del Circuito de Vélez con fecha diez y seis de marzo de mil novecientos veintisiete, en el presente juicio.

2º Declárase no probada la nulidad absoluta del testamento otorgado por la señora Balbina Acuña en Güepsa, el veintiuno de mayo de mil novecientos veinte, nulidad demandada en primera instancia, mediante apoderado, por Víctor M. Pardo.

3º Refórmase dicho testamento en el sentido de reconocer a Manuela de Jesús, Euclides y María Ana Belia o Delia Herreras el carácter de legitimarios de Balbina Acuña, en representación de Ismael Herrera; y

4º Téngase a Víctor M. Pardo como cesionario de los derechos y acciones comprados por las escrituras números 257 y 153, que obran a los folios 1º a 5º del cuaderno de pruebas de la segunda instancia y de que antes se hizo mérito.

Sin costas.

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

JUAN N. MENDEZ — **Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, enero treinta de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

El doctor Primitivo Caicedo demandó a Rubén e Isaías Zambrano para que se les condenara a pagar la suma de nueve mil pesos ($ 9,000) oro legal, en calidad de perjuicios, por no haber cumplido los demandados, en su mayor parte, un contrato de aparcería celebrado entre el demandante, por una parte, y por otra Rubén Zambrano y Manuel Insuasti, a quien garantizó Isaías Zambrano mediante contrato accesorio de fianza.

Isaías Zambrano contrademandó a Caicedo para que se declarara:

"1º Que el doctor Primitivo Caicedo debe reconocerme y pagarme, dentro de tres días de notificado de la sentencia definitiva, la tercera parte de la suma de $ 17,488-40 oro, por una parte, y la de $ 3,500 por otra, o sea por los perjuicios que personalmente cobró por lo que reza el punto **i)** de los hechos; cuyas sumas provienen de no haber dado cumplimiento al contrato de aparcería que consta en la escritura pública número 361, de veinte de septiembre de mil novecientos diez; por haber cumplido inperfectamente, retardando por culpa suya el que se lleven a efecto las obligaciones a que se sometió, pues pudiendo hacerlo no lo hizo; y

"2º Que debe pagarme las costas del juicio."

El Juez falló:

"1º Condénase a Isaías Zambrano, como fiador de Manuel Insuasti, y a Rubén Zambrano, a pagar a Primitivo Caicedo los daños y perjuicios que le hubieren ocasionado por defectuoso cumplimiento del contrato celebrado el 20 de septiembre de 1910 y que consta en la escritura defectuosa número 361, de la misma fecha, otorgada ante el Notario principal de Sandoná, y cuyo valor se fijará en juicio separado.

"2º Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado Isaías Zambrano en contra de la demanda principal.

"3º Absuélvese a Primitivo Caicedo de todos los cargos de la demanda de reconvención, contra él propuesta por Isaías Zambrano.

"4º Declárase que no hay lugar a costas en cuanto a Isaías Zambrano, pero si respecto del demandado Rubén Zambrano; y

"5º Ordénase desglosar la escritura pública número 361 aludida (folios 1, 2 y 3), y la nota de registro a ella adjunta (fojas 4), tomar copia de la copia del Registrador de Sandoná, visible a fojas 21 del cuaderno 2º, y con todo ello formar el respectivo sumario para que se averigüe la responsabilidad en que se hubiere incurrido por haber adjuntado a la dicha escritura una nota de registro falso."

El Tribunal de Pasto reformó el fallo así:

"Revócase el punto primero de la sentencia recurrida, y en su lugar condénase a Rubén Zambrano a pagar al doctor Primitivo Caicedo, en el término de seis días, después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de dos mil cien pesos ($ 2,100) oro, y a Isaías Zambrano, en el mismo término y al propio doctor, mil doscientos pesos ($ 1,200).

"Refórmase la segunda parte de la sentencia aludida y declárase probada la excepción de caso fortuito, en cuanto se refiere al incendio de la casa y trapiche de Altarurco.

"Refórmase también el numeral 4º (cuarto) y absuélvese del pago de las costas procesales a ambos demandados.

"Confírmase en todo lo demás.

"Costas comunes en esta instancia."

Ambas partes interpusieron recurso de casación que se admite por estar ajustado a normas legales.

El apoderado del doctor Caicedo ataca la sentencia, en primer lugar, por la segunda causal de casación en cuanto dejó de resolver algunas peticiones de la demanda.

La acusación es fundada, y para demostrarlo basta cotejar las peticiones de la demanda con la resolución del Tribunal.

Dice la demanda:

"....demando a los señores Rubén Zambrano e Isaías Zambrano, también mayores de edad y vecinos del Distrito de Sandoná, en términos jurisdiccionales de este Circuito, por el pago de la cantidad de nueve mil pesos oro ($ 9,000) legal, en calidad de perjuicios, por no haber cumplido en su mayor parte el contrato de aparce-

ría que celebré con dichos individuos por medio de la escritura pública número 361, de 20 de septiembre de 1910, otorgada ante el Notario principal del Círculo Notarial de Sandoná. Dicha cantidad se descompone así: dos mil cien pesos ($ 2,100) oro, por siete cuadras de caña que dejó de entregar Rubén Zambrano; mil doscientos pesos ($ 1,200) oro, por otras cuatro cuadras de caña a cargo de Isaías Zambrano; dos mil pesos ($ 2,000) por la mitad de los productos que dejaron de entregarse durante un lapso de más de siete años, como aparceros en los lotes de terreno de mi propiedad, llamados **Altarurco** y **Purgatorio** y el potrero **Melendres,** que integran mi hacienda denominada **Portoviejo,** ubicada en el citado Municipio de Sandoná; tres mil pesos ($ 3,000) de la misma moneda, por la destrucción de la casa, trapiche y demás enseres en ella existentes, según la cláusula segunda de la escritura arriba mencionada, con excepción de algo que entregaron el 3 de febrero de 1919, al tenor del acta que corre a fojas 7, y setecientos pesos ($ 700) como valor mínimo de las remesas a que alude la cláusula octava cuya obligación dejaron de cumplir durante un término de siete años por lo menos, puesto que sólo cumplieron con esa obligación en el curso del primer año, aunque de una manera imperfecta."

El Juez falló:

"Condénase a Isaías Zambrano, como fiador de Manuel Insuasti, y a Rubén Zambrano, a pagar a Primitivo Caicedo los daños y perjuicios que le hubieren ocasionado por defectuoso cumplimiento del contrato celebrado el 20 de septiembre de 1910 y que consta en la escritura defectuosa número 361, de la misma fecha, otorgada ante el Notario principal de Sandoná, y cuyo valor se fijará en juicio separado.

"2º Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado Isaías Zambrano en contra de la demanda principal.

"3º Absuélvese a Primitivo Caicedo de todos los cargos de la demanda de reconvención, contra él propuesta por Isaías Zambrano.

"4º Declárase que no hay lugar a costas en cuanto a Isaías Zambrano, pero sí respecto del demandado Rubén Zambrano; y

"5º Ordénase desglosar la escritura pública número 361 aludida (folios 1, 2 y 3), y la nota de registro a ella adjunta (fojas 4), tomar copia de la copia del Registrador de Sandoná, visible a fojas 21 del cuaderno 2º, y con todo ello formar el respectivo sumario para que se averigüe la responsabilidad en que se hubiere incurrido por haber adjuntado a la dicha escritura una nota de registro falso."

El Tribunal revocó este fallo y decidió:

"Revócase el punto primero de la sentencia recurrida, y en su lugar condénase a Rubén Zambrano a pagar al doctor Primitivo Caicedo, en el término de seis días, después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de dos mil cien pesos oro ($ 2,100); y a Isaías Zambrano, en el mismo término y al propio doctor, mil doscientos pesos ($ 1,200).

"Refórmase la segunda parte de la sentencia aludida y declárase probada la excepción de caso fortuito, en cuanto se refiere al incendio de la casa y trapiche de **Altarurco.**

"Refórmase también el numeral 4º (cuarto) y absuélvese del pago de las costas procesales a ambos demandados.

"Confírmase en todo lo demás.

"Costas comunes en esta instancia."

Como se ve por lo transcrito, nada se decidió en la parte resolutiva acerca de los dos mil pesos cobrados como mitad de los productos que dejaron de entregar durante un lapso de más de siete años los aparceros de los fundos dados en aparcería y de los setecientos pesos demandados como valor mínimo de las remesas a que se refiere la cláusula octava del contrato.

Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero. Infírmase la sentencia del Tribunal de Pasto, de fecha doce de diciembre de mil novecientos veintisiete, por haberse demostrado la segunda causal de casación, y se dispone devolver el expediente al Tribunal de su origen para que dicte un fallo que resuelva todas las peticiones de la demanda.

Segundo. Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Abraham Arenas—Manuel Vicente Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Manuel Vicente Jiménez).

Vistos:

Ante el señor Juez del Circuito de Buga, el señor Clímaco Fernández presentó una demanda que en su parte petitoria dice:

"Demando que se declare extinguida la servidumbre que gravaba a mi predio rural, situado en el Distrito de San Pedro, en terreno que fue del indiviso denominado **Cuarto de Legua de Bejarano,** y es hoy dividido; predio que compré al señor Vicente Jaramillo y es conocido por los siguientes linderos que expresa la adjudicación en el **Cuarto de Legua de Bejarano:** al Norte, camino en medio que conduce al Rincón; al Este, con la adjudicación de Roberto Jaramillo; al Sur, con el terreno indiviso de **El Limonar;** y al Oeste, con las adjudicaciones de Margarita, Ana Polonia, Leonor y Magdalena Rojas Alvarado y con Justiniano Correa.

"Segundo. Que como consecuencia de esa extinción de servidumbre se me declare libre del tránsito por servidumbre a que me condenó el señor Prefecto de la Provincia de Buga en Resolución de 2 de febrero de 1920 al confirmar la del Alcalde del Distrito de San Pedro, de fecha 28 de abril de 1919, en querella de policía establecida contra mí por las señoras Bárbara Rita Tascón viuda de Fidel Rojas; Ana Polonia Rojas, Margarita Rojas, Magdalena Rojas, Leonor Rojas, mujeres solteras, y José C. Rojas, mayores de edad y vecinas del Distrito de San Pedro.

"Libre también de dar camino a los demandados ni aun por un lado de mi predio.

"A todas estas personas demando en vía ordinaria para que se hagan las declaraciones dichas y se les condene

al pago de costas si temerariamente se oponen a que usted haga las aludidas declaraciones que impetro con fundamentos de hecho y de derecho del tenor siguiente:

"Comprendo también en esta demanda, y designo como demandados a Amelia Rojas viuda de Calero y Fidel Calero, mayores y vecinos de San Pedro, como herederos de Fidel Rojas.

"Mi conducta y lo que me mueve a elevar mis solicitudes al señor Juez, se explican en las Ordenanzas de Policía números 21 de 1914 y 50 de 1920, porque las resoluciones en asunto de policía civil deben cumplirse mientras el Poder Judicial no decida lo contrario.

"Si hay motivo para que el Poder Judicial, en uso de sus atribuciones propias, declare lo contrario de lo resuelto por la Policía, está dicho por el artículo 245 del Código del ramo que se limita la Policía a prestar mano fuerte a las autoridades del orden judicial para la ejecución de las providencias que pronuncien."

El demandante funda su demanda en los siguientes hechos:

"Primero. Que las personas nombradas en este escrito establecieron contra mí demanda de policía ante el señor Alcalde del Distrito de San Pedro para que se les diera el tránsito por dentro de mi finca dicha, diciendo que tenían servidumbre de tránsito constituída a favor del predio de Casa Blanca y por dentro del predio que compré al señor Vicente Jaramillo, pues que el predio de Casa Blanca pasó a ser de dichos querellantes nombrados en este escrito como demandados.

"Segundo. Que el señor Prefecto de la Provincia confirmó la resolución del Alcalde adversa a mí bajo la creencia errada de que la escritura pública número 444, otorgada entre los señores Esteban Jaramillo y Fidel Rojas en la Notaría de Buga, en el año 1892, era la prueba de la constitución de la servidumbre predial del tránsito a favor de Fidel Rojas, cuando la verdad es que la escritura es prueba de lo contrario a simple lectura de ese instrumento.

"Tercero. Que el hecho precedente acerca de que la escritura es prueba de lo contrario de lo admitido por la autoridad de Policía, lo confirma la copia debidamente registrada que presento con este escrito, en la cual consta fehacientemente que el señor Fidel Rojas renunció la servidumbre que estuvo constituída sobre mi nombrado predio, en la misma servidumbre reconocida por el extinguido Tribunal del Departamento del Norte, en sentencia de 24 de enero de 1881, dictada en el juicio de despojo que siguió Fidel Rojas contra Hipólito Rojas, según se ve en la copia auténtica que presento; la misma servidumbre por la cual demandó Fidel Rojas al señor Esteban Jaramillo por escrito de 5 de noviembre de 1891; demanda que concluyó por medio del avenimiento que expresa el acta de 23 de noviembre de 1921, por el cual Fidel Rojas acepta seguir transitando por un lado de la finca del señor Esteban Jaramillo, quien se obligó a construír un puente de cal y ladrillo en un zanjón que atraviesa el mismo camino.

"Cuarto. Que en la interpretación auténtica del aludido avenimiento, verificado en conferencia amigable ante el Juez, la dieron las partes en la escritura pública de 23 de noviembre de 1892, con la facultad legal de dar a conocer claramente su intención, conocida perfectamente en las siguientes palabras de la escritura:

'Que se declara extinguida la servidumbre de tránsito que ha existido a favor de un predio de propiedad de Fidel Rojas, ubicado en el Distrito de San Pedro, sobre otro predio que después de haber pertenecido al señor Hipólito Rojas en los momentos de la escritura referida, era del señor Esteban Jaramillo S.;' y para evitar toda duda y determinar perfectamente la servidumbre que renuncia Fidel Rojas, agrega la escritura:

'Que la servidumbre a que alude es la que fue reconocida por el Tribunal del Departamento del Norte en sentencia proferida en el juicio que llevaron el otorgante (Fidel Rojas) y el expresado señor Hipólito Rojas, sentencia que lleva la fecha de 24 de enero de 1881."

"La escritura citada vuelve a decir: que la extinción de la servidumbre proviene del arreglo ante el señor Juez del Circuito (el avenimiento que expresa el acta número cuatro, de 23 de noviembre de 1921, que en copia se presenta, anotándose que un año antes de otorgarse la escritura) por el cual se obligó Jaramillo a formar un callejón hacia un lado de su finca y a construír un puente de ladrillo sobre un zanjón que lo atraviesa y estas obligaciones estaban cumplidas el día de la escritura. Esclarece la interpretación de renuncia de la servidumbre que el mismo señor Rojas declara en la escritura que queda sin derecho para reclamar ahora ni en tiempo alguno otro camino, porque la finca del señor Esteban Jaramillo queda libre de la servidumbre de que viene hablando.

"Quinto. Que el callejón de que habla la escritura a un lado de la finca del señor Esteban Jaramillo, debió quedar por un costado, sea a la izquierda o a la derecha de la finca del señor Jaramillo, porque ésta quedó libre de la servidumbre que reconoció el Tribunal del Departamento por renuncia expresa del dueño del predio dominante y la extinción de la servidumbre que en la misma escritura declara reiteradamente el señor Fidel Rojas para quedar sin derecho a ella y no poderse valer de otro camino que el callejón abierto por el señor Jaramillo a un lado de su finca.

"Sexto. Que el señor Alcalde del Distrito de San Pedro y el señor Prefecto de la Provincia de Buga en sus resoluciones mencionadas al principio de esta demanda, incidieron en manifiesto error de hecho al dar como subsistente una servidumbre que se ha denunciado y se ha declarado extinguida por el dueño del predio dominante en instrumento público.

"Séptimo. Que el predio o finca que fue del señor Esteban Jaramillo es idénticamente el mío en el Distrito de San Pedro, conocido por los linderos arriba dichos y que estaba gravado con la servidumbre que renunció y declaró extinguida el señor Fidel Rojas, dueño del predio dominante, en instrumento público, pues yo compré la finca al señor Vicente Jaramillo, y demuestra la aludida entidad que a mí fue que se me reclamó la servidumbre, como dueño del predio que un tiempo fue sirviente, en querella de policía establecida en la Alcaldía de San Pedro por las mismas personas que hoy hago figurar en esta demanda como demandados por decir ellos que son derecho-habientes de Fidel Rojas.

"Octavo. Que en la división del **Cuarto de Legua de Bejarano** se dio camino de tránsito a los demandados por el cual pueden llegar a su predio y salir al camino público."

Como disposiciones de derecho invocó el demandante los artículos 878, 907, 1510 y 1618 del Código Civil, además de las disposiciones de Policía que al principio citó.

Los demandados, al contestar el traslado de la demanda, no convinieron en el derecho del actor, aceptaron unos hechos, negaron otros y propusieron la excepción de prescripción o pérdida del derecho que se reclama.

El Juez de la causa falló el juicio absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda, en sentencia de 30 de noviembre de 1927.

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado del demandante, subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el cual confirmó la sentencia recurrida, en fallo que lleva fecha de veintidós de mayo de mil novecientos veintinueve.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el demandante, recurso que le fue concedido y que es el caso de decidir en la Corte, por estar agotada la tramitación legal y por ser admisible.

El recurrente invoca la causal primera y acusa la sentencia por aplicación indebida de la ley y por violación directa de la misma.

En relación con el primer extremo, el recurrente se expresa así:

"**Aplicación indebida.** Las servidumbres discontinuas, dice el artículo 939 del Código Civil—y la de tránsito es discontinua—sólo pueden adquirirse por medio de un título. Y agrega el mismo citado artículo que 'ni aun el goce inmemorial basta para constituírlas.'

"Los comentadores del citado artículo convienen en que el **título** de que aquí se habla, al quedar en contraposición con el hecho jurídico de la prescripción, designa también un hecho jurídico (contrato o testamento), de donde emana o nace la servidumbre. (**Fernando Vélez**, página 456, tomo 3°. Edición de 1904. **Baudry Lacantinerie.** Tratado de los Bienes. Edición, ... Numeral 1094).

"Convienen, asímismo, todos los expositores de derecho en que las servidumbres, de cualquier orden que ellas sean, no pueden constituírse judicialmente, **ex oficio judicis**, por cuanto que los fallos judiciales son meramente declarativos y tienen que concretarse a admitir, cuando sea el caso, la existencia de las servidumbres sobre que verse la controversia.

"Al apreciar el honorable Tribunal de Buga el título constitutivo de la servidumbre de tránsito en favor del predio del señor Fidel Rojas y a cargo del perteneciente hoy al señor Fernández, incurrió, como en seguida se demuestra, en un error de hecho que aparece de modo evidente en los autos.

"Dice el Tribunal que en la escritura de compraventa otorgada en 1908, entre el señor Vicente Jaramillo y el señor Fernández, se **revivió** la servidumbre con que cargó hasta 1892 el predio vendido.

"Reconoce así el Tribunal que hasta aquel año de 1892 existió sobre el predio perteneciente hoy al señor Fernández la servidumbre de tránsito perteneciente hoy al señor Fidel Rojas: la misma que se revivió con la declaración hecha en 1908 por el señor Vicente Jaramillo, al enajenar éste su predio. No se revive, observo, lo que no ha vivido o existido. Y la servidumbre que el Tribunal acepta como que existió hasta 1892 y que revivió en 1908, nunca existió jurídicamente. El error del Tribunal proviene de su declaración de que 'lo que debe resolverse, por consiguiente, como cuestión controvertida, no es el origen de la servidumbre o si el predio del señor Fernández estuvo algún tiempo sujeto al gravamen de tránsito a favor del de los actuales demandados' (los sucesores de don Fidel Rojas).

"Al haberle dado la importancia que ella tiene a esta cuestión del origen de la servidumbre y haberla estudiado con mayor detenimiento, habría visto el honorable Tribunal, como ha de verlo ahora la Suprema Corte, que la servidumbre de tránsito que tuvo el predio del señor Fidel Rojas sobre el perteneciente hoy al señor Fernández, no tuvo nunca existencia jurídica, reconocida por la ley. Le faltaba y le faltó siempre el título de adquisición. Y no era ella de las adquiribles por prescripción. La sentencia que el Tribunal del Departamento del Norte dictó en enero de 1891 fue en un interdicto posesorio. Se ordenó ahí que cesara el despojo y que se respetara el estado anterior. No se discutió en esa vez, ni, por tanto, se falló el derecho a la servidumbre. Precisamente por hacerle falta una declaración a ese respecto, fue por lo que el mismo señor Fidel Rojas presentó en noviembre de 1891 su nueva demanda en que declara (hecho 1°), que el demandado, señor Jaramillo, tiene encerrado el camino que el Tribunal le había ordenado a Hipólito Rojas restituír y confiesa que él, el demandante, carece de escritura pública constitutiva de la servidumbre. Fue la controversia así iniciada la que se dirimió en la conferencia amigable a que se refiere la escritura 444 de 1892. Hasta ese año, pues, de 1892, y contra lo aceptado por el Tribunal Superior de Buga, no existió servidumbre de tránsito, conforme a la ley, en favor del predio del señor Fidel Rojas.

"Y menos todavía existió dicha servidumbre después de aquel año, porque el mismo señor Rojas, quien había hasta entonces pretendido tener derecho en favor de su predio a la servidumbre y había obtenido sentencia de restitución de las cosas al estado que lo favorecía, reconoció expresamente en la citada escritura 444, 'extinguida la servidumbre de tránsito que ha existido a favor de un predio de su propiedad, ubicado en el Distrito de San Pedro, sobre otro que después de haber pertenecido al señor Hipólito Rojas, en la actualidad es del señor Esteban Jaramillo,' agregando que 'la servidumbre a que alude es la que fue reconocida por el Tribunal del Departamento del Norte en sentencia... que lleva la fecha 24 de enero de 1881,' y que 'quedaba (el otorgante, señor Rojas) sin derecho para reclamar ahora ni en tiempo alguno otro camino que el que ha abierto el señor Jaramillo, **cuya finca queda libre de la servidumbre de que viene hablando**' el otorgante señor Fidel Rojas.

"Claro se deduce, pues, que aquella servidumbre de tránsito no tuvo nunca existencia jurídica y que, aunque el dueño del predio en cuyo favor se pretendía existir, no la hubiera renunciado en términos tan explícitos y absolutos, no se la podía revivir, por la muy sencilla razón de que nunca había existido. Lo que se imponía era crearla, establecerla, darle existencia jurídica.

"Podría, quizás, considerarse como título constitutivo de aquella pretendida servidumbre, la declaración hecha, en 1908, por el señor Vicente Jaramillo (al venderle el predio al señor Fernández), en el sentido de que se hallaba sometido (el predio) a servidumbre de tránsito en favor del fundo del señor Fidel Rojas. Pecaría esa tesis de falta de análisis y confusión de términos; por-

que le reconocería igual significación al instrumento público—es lo que existe—que al acto jurídico, que nunca ha existido, y aceptaría, como medio de construir servidumbre, el contrato de compraventa; tesis ésta inaceptable, **salvo** que la servidumbre se halle previamente establecida sobre el predio vendido, o que de éste se reserve, con derecho de servidumbre, una parte el vendedor. En el primero de estos dos casos ni siquiera sería necesario que se hiciera mención de la existencia de la servidumbre; puesto que una vez ella establecida, sigue gravando la cosa, a pesar de los cambios de dueño. Y, en el segundo, porque el acto de la venta sería también el de la declaración expresa de constitución de la servidumbre. No así en una compraventa, en que el predio no está gravado con servidumbre ni se efectuó el acto jurídico, título constitutivo de la servidumbre. ¿Cómo puede aceptarse que el título, acto jurídico de la compraventa, valga como título de constitución de una servidumbre en favor de terceros, extraños al acto?

"Al aceptar, pues, el honorable Tribunal de Buga que se revivió una servidumbre que nunca existió y reconocerle valor jurídico a lo que nunca lo tuvo ni lo tiene, aplicó indebidamente la ley."

Como se ve, el recurrente sostiene que la existencia de las servidumbres discontinuas no se puede demostrar en juicio sino con un título inscrito como un testamento o una escritura pública en que expresamente se diga que se constituye la servidumbre; pero es el caso que el artículo 940 del Código Civil dice que el título constitutivo de servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente. Esto es lo que ha sostenido el Tribunal cuando en su sentencia dijo:

"Lo que debe resolverse, por consiguiente, como cuestión controvertida, no es el origen de la servidumbre, o si el predio del señor Fernández estuvo algún tiempo sujeto al gravamen de tránsito a favor del de los actuales demandados, porque aparte de que en el juicio existe la prueba de la constitución de la servidumbre y así lo reconoce el actor en su libelo, la solicitud para que se declare su extinción por renunciamiento y no haberse gozado en veinte años, es la prueba más concluyente de la constitución del gravamen antes del año de 1892."

Para el Tribunal, pues, al decir el demandante en la parte petitoria de su libelo que establece demanda para que "se declare extinguida la servidumbre que gravaba a mi predio rural situado en el Distrito de San Pedro..., predio que compré al señor Vicente Jaramillo y es conocido por los siguientes linderos..."; y al expresar en el hecho primero de la demanda "que el señor Fidel Rojas renunció la servidumbre que estuvo constituída sobre mi nombrado predio," ha confesado que hasta la fecha del renunciamiento, esto es, hasta el veintitrés de noviembre de 1892, existía la servidumbre; y que el problema se reduce a decidir si evidentemente hubo extinción de la servidumbre por renuncia del dueño del predio dominante.

No se puede revocar a duda que las manifestaciones del actor son confesiones o reconocimientos expresos de la servidumbre a que se refiere la litis hasta 1892, reconocimientos que, según la ley, suplen el título.

A este respecto ha dicho la Corte:

"La confesión sobre existencia de una servidumbre de tránsito, puede tomarse como un reconocimiento expreso de la existencia del gravamen. Esta confesión no es el título de la servidumbre, pero en derecho lo suple: no prueba el título, pero permite suplirlo ora por reconocimiento expreso, ora por destinación anterior." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo III, página 859, número 3747).

No existe, por lo que se ha dicho hasta aquí, error de derecho del Tribunal al dar por probada la existencia de la servidumbre de que se trata hasta 1892, ni, por consiguiente, hay violación de la ley sustantiva, a consecuencia de ese error.

Para el sentenciador sigue existiendo la servidumbre después de 1892, por no haber existido la renuncia a que se refiere el demandante, sino simplemente un convenio sobre cambio de ruta, "naturalmente, dentro del mismo predio sirviente," agrega el Tribunal.

Se apoya este concepto en la escritura número 444, de 23 de noviembre de 1892, otorgada ante el Notario primero del Circuito de Buga, en la cual Fidel Rojas, dueño del predio dominante, si bien dijo que declaraba extinguida la servidumbre de tránsito que existía sobre el predio sirviente, añadió:

"Que la extinción de ella proviene de que en virtud de un arreglo celebrado ante el señor Juez del Circuito de Buga entre el otorgante y el señor Jaramillo S., actual poseedor del **predio sirviente**, Jaramillo se obligó a formar un callejón hacia un lado de su finca, construyendo un puente de ladrillo sobre un zanjón que lo atraviesa, obligaciones que ha cumplido en todas sus partes y a satisfacción del otorgante, quien declara que queda sin derecho para reclamar ahora ni en tiempo alguno otro camino que el que ha abierto el señor Jaramillo, cuya finca queda libre de la servidumbre de que viene hablando."

El señor Esteban Jaramillo S., dueño del predio sirviente cuando se otorgó la escritura, la aceptó.

Observa la Corte que no se ha acusado el concepto del Tribunal de que lo que hubo fue cambio de ruta y no extinción de la servidumbre por todas las partes del predio sirviente. Por consiguiente, tal concepto está en pie. Lo que sostiene ahincadamente el recurrente es que la servidumbre de que se viene hablando nunca ha existido; y si bien afirma que además de no existir fue renunciada, no ha acusado la sentencia por mala apreciación de la escritura número 444, de que se ha hecho mención, y de los convenios a que ella se refiere, la cual estimó el Tribunal como título constitutivo de la servidumbre.

En 1908 al venderle Vicente Jaramillo al demandante el predio sirviente, por escritura número 227, de 22 de septiembre de 1908, ante el Notario de Tuluá, dijo el vendedor:

"Que la propiedad motivo de este otorgamiento, carga con la servidumbre de tránsito constituída a favor del predio del señor Fidel Rojas."

El comprador manifestó:

"Que acepta en todas sus partes el contrato que expresa esta escritura, a su favor otorgada, por ser cierto su contenido."

Respecto de esta manifestación del demandante y de su antecesor en el dominio sobre la existencia de la servidumbre, la Corte se refiere a lo que dijo anteriormente, acerca de que el reconocimiento suple el título constitutivo.

Por lo demás, al decir el Tribunal que en caso de haberse extinguido la servidumbre por renuncia, la escritura de 1908 la habría revivido, no expresó este último concepto sino como un fundamento subsidiario, porque el principal, para el sentenciador, es el de que no hubo renuncia de la servidumbre. Por consiguiente, aun aceptando que el concepto de que la servidumbre revivió fuera erróneo, el fallo se sostendría en el otro concepto.

No se ha demostrado, pues, la violación de ley sustantiva de que habla el recurrente.

Segundo motivo. Con ocasión de éste el recurrente acusa el fallo de segunda instancia por violación directa del artículo 937 del Código Civil. Se funda en que el predio sirviente pertenecía al predio llamado **Cuarto de Legua de Bejarano,** el cual sólo fue dividido en 1917, según escritura número 125 de la Notaría de Buga, de 16 de abril de tal año, en que los terrenos pertenecientes a varias personas en común no pueden ser gravados con servidumbres sino por todos los comuneros, y en que, caso de haberse constituído servidumbre sobre el predio sirviente, ésta no existe por no haberla constituído todos los comuneros, violando al reconocer su existencia la sentencia recurrida, el artículo citado atrás.

La Corte observa que una es la acción para que se declare extinguida una servidumbre que el demandante admite que alguna vez existió, y otra acción distinta es la que pueda establecerse para que se declare que un predio no ha estado jamás sujeto a servidumbre de tránsito.

Si se casara la sentencia, como lo quiere el recurrente, y se declarara que jamás ha existido servidumbre sobre el predio señalado como sirviente, se fallaría sobre una acción no propuesta, y esto no lo puede hacer la Corte, porque fallaría fuera de lo pedido y pretermitiendo las instancias.

Del argumento fundado en la comunidad no hizo uso el demandante en su demanda ni en sus alegatos de instancia. Al contrario, en la misma demanda, y refiriéndose al predio, dice "y es hoy dividido." Tampoco hizo mérito de él el Tribunal. Es, pues, un medio nuevo introducido en casación, y sabido es que en este recurso no se admiten tales medios.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, que lleva fecha veintidós de mayo de mil novecientos veintinueve.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Manuel de J. Molina demandó a Modesto Cabal G. para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que es de su propiedad exclusiva el lote de terreno de 123 fanegadas, 870 varas cuadradas, que en el **Bolo de Durán** ocupa el señor Modesto Cabal G., por los linderos expresados en el ordinal 12 de esta demanda.

"2ª Que don Modesto Cabal G. está en la obligación de entregarme el expresado lote de terreno, con su cabida y las cosas que forman parte de él, tres días después de ejecutoriado el fallo que se dicte efectuándose la restitución.

"3ª Que don Modesto Cabal G. está en la obligación de pagarme, tres días después de ejecutoriado el fallo, los frutos civiles y naturales del terreno, conforme al artículo 964 del Código Civil, y los perjuicios sufridos; y

"4ª Que don Modesto Cabal G., si afronta la litis, está en la obligación de pagarme las costas del juicio, tres días después de ejecutoriado el fallo."

Luégo se reformó la demanda, dirigiéndola contra la señora Inés Cabal de Guzmán.

El Juez de la causa absolvió a la demandada, pero el Tribunal de Cali reformó el fallo y sentenció:

"1º Revócase la sentencia que con fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiséis profirió el señor Juez 2º del Circuito de Palmira en el juicio ordinario promovido por el señor Manuel de Jesús Molina contra la señora Inés Cabal de Guzmán.

"2º Decláranse no probadas las excepciones perentorias de prescripción adquisitiva de dominio y de petición de lo indebido y de un modo indebido, propuestas por el demandado.

"En su lugar dispone:

"**a)** Declárase de propiedad del señor Manuel de Jesús Molina un lote de terreno de ciento veintitrés fanegadas con ochocientas varas cuadradas, ubicado en el sitio denominado **Bolo de Durán,** en el Distrito de Palmira, poseído actualmente por la señora Inés Cabal de Guzmán, y encerrado por los siguientes linderos: por el Norte, el río Bolo; por el Sur, terreno del mismo señor Molina, ocupado por Eliseo González, Rafael Holguín, Aristides Manzano y Faustino Paz; por el Oriente, el camino público que de Palmira sigue a la población de Candelaria, y terreno del señor Molina, ocupado por Eliseo González, Aristides Manzano y Faustino Paz; y por el Occidente, la línea divisoria de los terrenos de **Bolo de Durán y Zainera,** y terrenos del señor Molina, ocupados por Ulpiano Sánchez y Vicente Valencia.

"**b)** La señora Inés Cabal de Guzmán, o quien la represente, entregará el expresado lote al señor Manuel de Jesús Molina, con su cabida y las cosas que forman parte de él, tres días después de ejecutoriada esta sentencia.

"**c)** Queda obligada dicha señora Cabal de Guzmán a pagar, en el término indicado en el numeral anterior, al señor Manuel de Jesús Molina, los frutos naturales y civiles que el terreno, materia de esta sentencia, haya producido o podido producir desde la notificación de la demanda, según las reglas del artículo 964 del Código Civil, hasta el día de la entrega.

"**d)** No hay lugar a costas en ninguna de las dos instancias, y permanezcan los autos en la Secretaría por el término legal, para si el demandado estima conveniente interponer el recurso de casación."

Contra este fallo interpuso la demandada recurso de casación, que se admite.

Antes de estudiarse es pertinente hacer la historia del lote disputado:

Manuel de J. Molina le vendió a Alonso del mismo apellido, por la escritura número 367, de mil ochocientos

noventa y cuatro, la finca llamada **El Lauro**, más de cien plazas encerradas en los terrenos de **El Bolo** y a continuación de la finca de **El Lauro**. Alonso Molina permutó **El Lauro** y las cien plazas de **El Bolo** con el señor Juan María Uribe, por escritura número 181 de mil ochocientos noventa y seis. Con posterioridad a esta permuta, Manuel de J. Molina, por escritura número 162 de mil ochocientos noventa y siete, declaró que, como estaba debiendo, por la escritura número 367, cien plazas de tierra a Juan María Uribe, sucesor de Alonso Molina, se las iba a pagar, y que de acuerdo con Uribe, le daba en pago sesenta cuadras en un lote y cuarenta en otro.

Esa escritura dice así en lo pertinente:

"Comparecieron presentes en esta oficina los señores Manuel de Jesús Molina y Juan María Uribe, varones mayores de edad, vecinos de este Distrito, a quienes conozco personalmente, son hábiles para contratar y obligarse, y el primero, señor Molina, dijo:

"Que está debiendo al segundo, como sucesor que es éste del señor Alonso Molina en la finca de **El Lauro**, situada en el Distrito de Candelaria, cien fanegadas de tierra, deslindada a continuación del potrero de **El Lauro**, y que para pagárselas ha celebrado con Uribe el siguiente contrato:

"Primero. Molina cede y traspasa a Uribe, en posesión y propiedad, la zona de tierras que posee en este Distrito, a orillas del río Bolo, y que tiene por linderos los siguientes: por el Oriente, el camino público que comunica a Palmira con Candelaria; por el Occidente, el indiviso de **Zainera**; por el Norte, tierras del señor Joaquín Varona Holguín; y por el Sur, el potrero dicho de Uribe. Que reputan el área de esa tierra como de sesenta fanegadas, pero que si al medirlas resultare que tiene más o menos, se indemnizarán los otorgantes en dinero, estimando en treinta pesos ($ 30) el valor de la fanegada. Molina completa a Uribe las cien cuadras que le debe, con cuarenta más, en un globo de tierras que posee en este Distrito, que hace parte del globo llamado de **Durán**, y que tiene aquél por linderos los siguientes: por el Norte, finca del señor Evaristo Pinillos; por el Sur, el zanjón de **Viras**; por el Oriente, los terrenos llamados **Bolo de los Escobares**; y por el Occidente, las tierras de **Balsora**.

"Segundo. Molina declara que este globo de tierras, así deslindado, mide doscientas veintisiete (227) fanegadas, y que quitando de él las cuarenta fanegadas con que paga a Uribe las ciento (100) anteriormente referidas, sobran ciento ochenta (sic) (187) fanegadas, las cuales vende a Uribe por la suma de cinco mil seiscientos diez pesos ($ 5,610), que confiesa tener recibidos, en moneda legal, a su satisfacción. Para el otorgamiento de esta escritura se han pagado los derechos de registro, como se acredita con la boleta que en original se agrega. Se advierte al señor Uribe la obligación de hacer registrar la copia de este instrumento dentro de los sesenta días, contados desde hoy, como título traslaticio de dominio."

Uribe vendió a Francisco Rivera, por escritura número 6 de mil ochocientos noventa y nueve, las ciento ochenta y siete fanegadas que adquirió por la escritura número 162 de mil ochocientos noventa y siete, y por la escritura número 266 de mil ochocientos noventa y nueve permutó con el señor Joaquín Varona Holguín las cien fanegadas que había recibido de Juan de J. Molina.

El mismo Uribe, por la escritura número 292 de mil novecientos nueve, vendió al señor Lisandro Navia un potrero llamado **El Lauro**, advirtiendo "que tanto el terreno diviso como indiviso sobre que se halla fundado, los adquirió de Alonso Molina, quien los hubo por compra al señor Manuel de Jesús Molina."

Segunda causal.

Considera el recurrente que se incidió en ella por cuanto el sentenciador implícitamente consideró nulas las escrituras números 74 y 82, cosa que no había sido materia del debate.

Para desechar la acusación, basta leer la parte resolutiva del fallo. En ella no se decidió lo que asevera el recurrente, advirtiendo que no hay fallos implícitos y que la sentencia decidió todos los puntos de la demanda y las excepciones.

Primera causal.

El recurrente ataca el fallo fundándose en varios motivos, que se estudiarán por su orden.

Primer motivo. Violación directa del artículo 946 del Código Civil, consistente en que el sentenciador reconoció el dominio a favor del demandante, sin que hubiera comprobado los dos primeros requisitos de que trata el artículo; pues se ha demostrado ya que por la escritura número 162 de mil ochocientos noventa y siete, el señor Molina no volvió a recuperar ese terreno.

Se anota:

El sentenciador conceptuó que el señor Molina había recuperado, por la escritura número 162 de mil ochocientos noventa y siete, las cien cuadras de terreno en el **Bolo de Durán**, que primitivamente había enajenado a Alonso Molina, escritura que por estar registrada es título traslaticio de dominio. Verdad es que la apreciación de ese título por el sentenciador ha sido atacada por error de hecho y de derecho, ataque que se examina, porque de ese error, si lo hubiere, depende la violación de la disposición citada.

La escritura tachada dice en lo pertinente:

"..... comparecieron presentes en esta oficina los señores Manuel de Jesús Molina y Juan María Uribe, varones mayores de edad, vecinos de este Distrito, a quienes conozco personalmente, son hábiles para contratar y obligarse, y el primero, señor Molina, dijo:

"Que está debiendo al segundo, como sucesor que es éste del señor Alonso Molina en la finca de **El Lauro**, situada en el Distrito de Candelaria, cien fanegadas de tierra, deslindada a continuación del potrero de **El Lauro**, y que para pagárselas ha celebrado con Uribe el siguiente contrato:

"Primero. Molina cede y traspasa a Uribe, en posesión y propiedad, la zona de tierras que posee en este Distrito, a orillas del río Bolo, y que tiene por linderos los siguientes: por el Oriente, el camino público que comunica a Palmira con Candelaria; por el Occidente, el indiviso de **Zainera**; por el Norte, tierras del señor Joaquín Varona Holguín; y por el Sur, el potrero dicho de Uribe. Que reputan el área de esa tierra como de sesenta fanegadas, pero que si al medirlas resultare que tiene más o menos, se indemnizarán los otorgantes en dinero, estimando en treinta pesos ($ 30) el valor de la fanegada. Molina completa a Uribe las cien cuadras que le debe con cuarenta más en un globo de tierras que posee en este Distrito, que hace parte del globo llamado de **Durán**, y que tiene aquél por linderos los siguientes: por el Norte, finca del señor Evaristo Pinillos; por el Sur, el zanjón de **Viras**; por el Oriente, los terrenos llamados **Bolo de los Escobares**; y por el Occidente, las tierras de **Balsora**.

"Segundo. Molina declara que este globo de tierras así delimitado, mide doscientas veintisiete (227) fanegadas, y que quitando de él las cuarenta fanegadas con que paga a Uribe las ciento (100) anteriormente referidas, sobran ciento ochenta (sic) (187) fanegadas, las cuales vende a Uribe por la suma de cinco mil seiscientos diez pesos ($ 5,610), que confiesa tener recibidos, en moneda legal, a su satisfacción.

"Para el otorgamiento de esta escritura se han pagado los derechos de registro, como se acredita con la boleta que en original se agrega.

"Se advierte al señor Uribe la obligación de hacer registrar la copia de este instrumento dentro de los sesenta días, contados desde hoy, como título traslaticio de dominio."

En vista de estas expresas manifestaciones hay que concluír que la obligación del señor Manuel de J. Molina para con don Alonso del mismo apellido, contraída por la escritura número 367 de ocho de agosto de mil ochocientos noventa y cuatro, respecto de las cien plazas de terreno en el **Bolo de Durán,** quedó cancelada o cumplida en virtud del convenio celebrado con el señor Uribe, de que habla la escritura número 162, causahabiente de Alonso Molina, y en la interpretación que el sentenciador ha dado a ese convenio, no puede decirse que se haya incidido en error de hecho ni de derecho; pues basta considerar que el señor Molina no podía perder la propiedad de todo el terreno, o sean doscientas cuadras, ni es justo suponer que por cumplir con una obligación, cual era la de entregar cien cuadras en el **Bolo de Durán,** y habiendo cumplido con ella, entregando otras cien cuadras en lugar distinto con anuencia del deudor Uribe, perdiera las primitivas cuadras del **Bolo de Durán.** Esta interpretación se corrobora con la declaración del señor Uribe en la escritura en que le vendió a Navia la finca de **El Lauro** que le había comprado a Molina Alonso; pues en ella manifestó que lo que vendía era "cuanto tiene y posee en dicho potrero, y solamente lo que tiene y posee," lo que está indicando que él no se creía dueño de las cien cuadras vendidas por Molina Juan de Jesús a Molina Alonso en el **Bolo de Durán.**

La segunda condición que echa menos el recurrente, es la indeterminación de la cosa reivindicada, la cual encontró el sentenciador cumplida, y por eso dijo en el fallo:

"Este reparo carece de razón en el presente caso; pues el **Bolo de Durán,** en el que el señor Manuel de Jesús Molina, esto es, el actor, posee terrenos, según la propia confesión del personero del demandado, que arriba se subrayó, al ser adjudicado al demandante, se determinó por sus linderos, como que en el documento sobre adjudicación se lee:

'Y además, se le adjudica al expresado heredero, en dominio y propiedad, el globo de terreno denominado **El Bolo,** perteneciente a la sucesión, inventariado en el Distrito de Candelaria, según la diligencia de veintitrés de septiembre de mil ochocientos noventa y uno, bajo los linderos que allí se puntualizan'; y en esa diligencia, que hace parte integrante del juicio de sucesión en que obra, se dice lo siguiente:

'..... este Juzgado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1263 del Código Judicial, le recibió juramento al tenedor de los bienes del señor Manuel de J. Molina, y le exigió pusiera de manifiesto todos los que estén en su poder o de que tenga conocimiento correspondan a la herencia, y dijo: que presenta un globo de terreno comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Norte, con el río Bolo; por el Sur, con terrenos de Tomás Navia, quebrada de **Zainera** en medio; por el Oriente, con el indiviso de **Los Escobares;** y por el Occidente, con el indiviso de **Zainera.**'

"De modo, pues, que el **Bolo de Durán,** del cual se deriva el lote de terreno de cuya reivindicación se trata, sí fue transmitido bajo sus linderos al demandante."

Esta apreciación no ha sido desvirtuada en casación; pues si los títulos de que habla el sentenciador tuvieran las tachas que les apunta el recurrente, el ataque no sería por indeterminación de linderos, sino por ineficacia para transferir el dominio.

Segundo motivo. Violación del artículo 950 del Código Civil, porque reconoció la acción de dominio, sin tenerla, al demandante, quien no ha demostrado que sea dueño ni del globo total ni del lote reivindicado. Este ataque queda contestado con lo dicho al tratar el primer motivo.

Tercer motivo. Violación por indebida aplicación del artículo 964, porque condenó a la señora demandada a pagar los frutos naturales y civiles, siendo así que ella es dueña del predio reivindicado.

Resuelto que el dominio de ese lote pertenece al señor Molina, la señora de Garcés está en la obligación de pagar esos frutos, que es una de las consecuencias de la reivindicación.

Cuarto motivo. Violación de los artículos 2618, 2521, 2526, 2528 y 2529 del Código Civil, puesto que del ocho de agosto de mil ochocientos noventa y cuatro, en que el demandante vendió a Alonso Molina **El Lauro** y las cien cuadras del **Bolo de Durán,** hasta la notificación de la demanda, van transcurridos más de veintiocho años, y ha debido declararse la prescripción.

El sentenciador, al tratar la excepción de prescripción, dijo:

"Primera. Esta se ha fundado en el hecho de que por escritura 292 de cuatro de octubre de mil novecientos nueve, el señor Lisandro Navia adquirió del señor Juan María Uribe el terreno materia del litigio. Se dice que como el señor Navia dio en venta esa misma propiedad al señor Cabal G., y luégo pasó a poder de la señora Inés Cabal de Guzmán, como heredera de la esposa del señor Cabal G., y desde la compra hecha por Navia a Uribe ha habido una posesión pacífica y tranquila por parte de éste y por la de sus sucesores, ha corrido con mucho el tiempo que la ley exige para ganar el dominio de un inmueble mediante la prescripción ordinaria.

"Hay, sin duda, un error en la fecha que se toma como punto de partida para la prescripción; pues se ha dicho y demostrado que ni el señor Uribe vendió, ni el señor Navia compró otra cosa que la finca de **El Lauro,** única propiedad que le había quedado a aquél de las que había adquirido de don Alonso Molina, heredero a título singular de don Manuel de Jesús Molina. Este punto ya se ha esclarecido suficientemente.

"La prescripción debe empezar a contarse desde el treinta y uno de julio de mil novecientos quince, fecha de la escritura 209, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Palmira, por la cual el señor Lisandro Navia dio en pago al señor Cabal G., entre otras cosas, las cien plazas de terreno que se discuten. Y esto es así, porque el artículo 2526 del Código Civil preceptúa:

'Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituídos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del se-

gundo,' y ya se ha dicho y repetido que la compra hecha por Navia a Uribe no versó sobre las cien plazas de terreno que aquél dio al señor Cabal G.; como también se ha demostrado que el señor Manuel de Jesús Molina tiene título inscrito en ese lote cuestionado. Navia enajenó una cosa que no había adquirido, y la escritura en que tal cosa hizo, es el título de que habla la disposición transcrita.

"Ahora: como este juicio empezó el día siete de abril de mil novecientos veintitrés, o sea en la fecha en que fue notificada la demanda, para que pudiera alegarse la excepción de prescripción adquisitiva, sería necesario que en el lapso comprendido entre esta fecha y el treinta y uno de julio de mil novecientos quince, fecha del registro de la escritura otorgada por el señor Navia en favor del señor Cabal G., hubieran corrido, por lo menos, diez años, que es el tiempo exigido por el artículo 2528 del Código Civil para ganar por prescripción adquisitiva ordinaria los bienes raíces. Como ese lapso no alcanza a diez años, es preciso declarar que no se ha probado esa excepción."

Conceptuó, pues, el sentenciador, que la prescripción ha debido contarse desde el treinta y uno de julio de mil novecientos quince, fecha en que Lisandro Navia dio en pago al señor Cabal G. las cien plazas de terreno discutido, puesto que el señor Uribe no vendió al señor Navia las cien cuadras disputadas, sino **El Lauro** únicamente; conclusión ésta que se desprende de la escritura número 292 de cuatro de octubre de mil novecientos nueve, y como la apreciación del Tribunal respecto de esa escritura no ha sido desvirtuada en casación, hay que concluír que el señor Uribe no vendió a Navia las cien plazas en el **Bolo de Durán,** y que, por tanto, el señor Navia no puede agregar a su posesión la del señor Uribe, máxime cuando éste convino con Molina en recibir en otra parte esas cien cuadras de terreno, como ya se ha visto.

Quinto motivo. Error de derecho en que incidió el sentenciador al apreciar la escritura número 162 de mil ochocientos noventa y siete, por la cual Molina Manuel le da a Uribe, en lugar de las cien cuadras en el **Bolo de Durán,** cien cuadras de tierra en otro lugar, y consiste ese error en que en la citada escritura nada se estatuyó sobre el dominio de las cien cuadras primitivas.

Ya se trató este punto al considerar el primer motivo de acusación, pero no está por demás repetir que en esa apreciación no hubo error de derecho; pues si por ese título no volvió al señor Molina el dominio de las cien cuadras del **Bolo de Durán,** ese terreno quedaría sin dueño, puesto que no sería de Molina, porque se lo vendió a Alonso, y no sería de Uribe, causahabiente de Alonso, porque él recibió en pago de esas cuadras otro terreno en punto distinto, y es indispensable darle una interpretación a ese título que no conduzca al absurdo.

Sexto motivo. Esta acusación queda contestada con lo anterior, pues ella se refiere al error de derecho al apreciar la escritura número 162, pues en ella, dice el recurrente, nada se estatuyó sobre la devolución de las cien cuadras del **Bolo de Durán.**

El séptimo motivo se refiere al error de derecho en que se incurrió al apreciar la escritura número 150, de veintiséis de mayo de mil ochocientos noventa y cuatro; pues en esa escritura no se expresaron los linderos del **Bolo de Durán,** y no expresándose no quedaron registrados, violándose los artículos 765, 749, 756, 2652, 2637, 2658, 2659, 2662 y 2673.

Este reparo quedó contestado al rebatir el segundo motivo de la acusación, donde se oponía la tacha de que el lote reivindicado carecía de linderos. Esta es la acusación principal, y párese la atención que la ley no habla ni exige que los linderos se registren, como lo dice el recurrente.

Los motivos octavo, noveno y décimo vuelven a tratar el punto relativo al error de derecho, al apreciar la escritura número 162 de mil ochocientos noventa y siete; pues vuelve a sostener que por esa escritura no recuperó Manuel de J. Molina las cien cuadras del **Bolo de Durán.** Sobre esto ya se ha dicho lo bastante.

Undécimo motivo. "Incurrió el Tribunal en error de hecho al tomar como punto de partida para apreciar si estaba o nó cumplida la prescripción invocada, la escritura 209 de treinta y uno de julio de mil novecientos quince, en vez de ser la 367 de mil ochocientos noventa y cuatro, según se ve por lo explicado en el 'cuarto motivo' y en otros lugares. A este respecto se equivocó también el señor Juez a quo, al tomar como fecha inicial para computar la prescripción que declaró la escritura 292 de cuatro de octubre de mil novecientos nueve. Pero habiéndola declarado él probada para el caso tanto de hacerlo por sólo los diez años cabales que por un tiempo muchísimo mayor."

No dice el recurrente en qué consiste el error, y por ello el cargo es infundado en casación.

Duodécimo motivo. Todo el ataque en él contenido se funda en que el señor Molina no es dueño del terreno que reivindica, cuestión ya decidida en casación, para deducir de esa premisa que no se falló favorablemente la excepción de petición de lo no debido. Si Molina es dueño de ese terreno, como ya se ha demostrado, ha pedido lo debido y lo ha pedido en tiempo.

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

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha diez y ocho de julio de mil novecientos veintiocho.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

José Gregorio Buenaventura Jiménez demandó a Marco Antonio Andrade y Angel María Llanos para que se le entregaran judicialmente los lotes de terreno sitos en el área de población de Roldanillo.

El Juez falló:

"1º Que por cuanto el señor Marco Andrade no ha demostrado suficientemente el dominio del lote por él ocupado y reclamado por José Gregorio Buenaventura J., debe dársele a éste la posesión que pide por medio de apoderado, en escrito fechado en Buga el quince de marzo de mil novecientos veintitrés. Dicho lote se singulariza así: por el Sur, está calle de por medio, con la casa del ciudadano Wenceslao Bedoya; por el Poniente,

con la de Manuel Andrade; por el Norte, con un solar de Trinidad Ibarra, y por el Oriente, con solar de Juan Nepomuceno García.....

"2º Que habiendo plenamente demostrado el señor Angel María Llanos el dominio que tiene en el lote por él ocupado y reclamado por el mismo Gregorio Buenaventura, no se accede a dar la posesión pedida por éste. Este lote limita: por el Oriente, con finca del señor Felipe Andrade; por el Occidente, con manga de los señores Tomás Uribe Zapata y Esteban Ruiz; por el Norte, camino público interpuesto, con potrero de la señora María Jesús Motoa, y por el Sur, camino de por medio, con propiedades del señor presbítero Gonzalo Patiño y de Jesús Ríos....."

El Tribunal de Buga revocó posteriormente la sentencia del Juez, y decidió:

"Se revoca el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia apelada, y en su lugar niega al demandante Gregorio Buenaventura Jiménez la entrega que pide del lote de tierra poseído por el demandado José Antonio Andrade, al que, por lo mismo, se declara absuelto de los cargos que se le formularon en la demanda.

"En lo demás, se confirma la misma sentencia."

Buenaventura interpuso recurso de casación en un memorial dirigido a los Magistrados de la Corte, en el cual dice expresamente que funda el recurso ante el Tribunal, y allí a esa entidad se elevó el memorial, aunque él no se acompañó al expediente en el Tribunal.

El sentenciador, para librar el pleito en contra de Buenaventura, se fundó en que las hijuelas por sí solas no son títulos traslaticios de dominio mientras no se acompañe el título de dominio del causante, porque nadie puede transferir sino lo que tiene, y la sola hijuela fue la que acompañó el demandante para fundar su derecho.

Esta base de la sentencia la acusa el recurrente por violación directa del inciso 4º del artículo 765 del Código Civil, que preceptúa que es título traslaticio de dominio el acto legal de partición.

La tesis tan general y estricta del sentenciador, de que las hijuelas por sí solas no son títulos traslaticios de dominio sino en tanto que se acompañe el título del causante, viola directamente el inciso 4º del artículo 765 del Código Civil, y va contra la doctrina de esta Superioridad asentada últimamente, que estatuye que los actos de partición no pueden oponerse por sí solos como títulos al anterior de un tercero, sino comprobar que el bien adjudicado pertenecía al causante, lo que está indicando que ellos sí pueden oponerse a un título posterior, sin que sea necesario acompañar la prueba del dominio del causante. (Sentencias 30 septiembre, 1918, y 24 de julio de 1920. Tomos XVII y XXVII).

En este juicio, las hijuelas son anteriores a los títulos presentados por los demandados; pues si bien es cierto que éstos trajeron a los autos otros títulos anteriores a las hijuelas, esos títulos no estaban encadenados entre sí, pues faltaban las comprobaciones de que las personas que les vendieron a Llanos y a Andrade los lotes disputados fueran herederos de Manuel y Marcelino Manzano y de Francisco Torres Aldana, pero como hay motivos fundados para creer que sí existen esos títulos, se hace preciso traer a los autos esas vinculaciones para hacer justicia, y para ello se dictará el correspondiente auto para mejor proveer.

Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha catorce de julio de mil novecientos veintisiete, y para mejor proveer se dispone:

Acompáñense por los demandados Llanos y Andrade las hijuelas extendidas a favor de los vendedores que figuran en la escritura número 36, de primero de marzo de mil novecientos diez y siete, y las expedidas a favor de Remedios Manzano de Morales y Marcelino Manzano M., en los juicios de sucesión de sus causantes Manuel y Marcelino Manzano, y tráigase por parte de José Gregorio Buenaventura el título de propiedad que hubiera tenido el señor Santiago Jiménez.

Estas diligencias se practicarán con citación de las partes, dentro del término de veinte días, más el doble de la distancia.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Por sentencia de fecha diez de febrero del año en curso, esta Superioridad casó el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha catorce de julio de mil novecientos veintisiete, y dictó un auto para mejor proveer, y como los interesados han acompañado las pruebas que la Corte echó menos en la sentencia referida, es el caso de proferir la sentencia que ha de reemplazar a la del Tribunal que fue casada.

En efecto: los demandados Andrade y Llanos han acompañado estos títulos:

"**a)** Copia legalizada de la misma diligencia de mensura y entrega de uno de los lotes de tierra rematados por Micaela Cruz, de que ya se hizo referencia.

"**b)** Escritura número 208, de fecha diez y nueve de abril de mil ochocientos setenta y uno, por la cual Pedro María Olarte vendió a Manuel y Marcelino Manzano una casa cubierta de paja y paredes de embutido y su solar correspondiente en tierra propia, con frente Sur-Norte de 44 varas y 79½ varas de Oriente a Poniente; inmueble que dice el vendedor Olarte adquirió de Micaela Cruz por escritura número 13, de fecha veinticinco de febrero de mil ochocientos sesenta y ocho, bajo los siguientes linderos: por el Oriente y Norte, con solares de Juan María Castillo y Nepomuceno Oviedo; por el Sur, calle de por medio, con solar de la señora Gertrudis Otálora; y por el Poniente, calle en medio, con solar de los herederos de Matías Rodríguez.

"**c)** Escritura número 126, de veinticuatro de agosto de mil ochocientos noventa y nueve, por la cual Trinidad Bedoya vende a Marco Antonio Andrade un pequeño solar en terreno propio, con las siguientes dimensiones y linderos: por el Sur, diez y siete varas y cuarta, y linda, calle de por medio, con solar del señor Juan Fernández; por el Norte, diez y seis y media varas, y linda con solar del señor Remigio Andrade; por el Poniente, treinta y siete varas y cuarta, y linda con solar que fue de la finada Micaela Torrijos; y por el Oriente, diez y siete varas, más o menos, y linda con más solar de la vendedora.

"**d)** Escritura número 174, de febrero veintiséis de mil novecientos ocho, por la cual la señora Manzano de Morales y Marcelino Manzano M. vendieron a Marco Anto-

nio Andrade un lote o porción de terreno, que les correspondió en propiedad proindiviso por herencia de sus finados padres Manuel y Marcelino Manzano, con cabida aproximada de 23 varas por el lado sur y 60 por el occidental, alinderado así: por el Norte, con solar de los herederos del finado señor Nepomuceno Oviedo; por el Sur, calle de por medio, con casa y solar del señor Juan Fernández; por el Oriente, con casa y solar del comprador señor Andrade; y por el Occidente, calle de por medio, con casa y solar de Sofía Rojas.

"e) Escritura número 151, de fecha quince de diciembre de mil ochocientos setenta y dos, por la cual don Gabriel Santibáñez vendió a Francisco Torres Aldana una área de tierra de extensión de una cuadra de Oriente a Occidente, y de Norte a Sur, cuadra y media, y demarcada así en ese tiempo: Oriente, terreno de Eduardo Llanos; Occidente, posesión del señor Zenón Gil; Sur, terreno de los herederos de Luciano Rada; y Norte, calle pública.

"f) Escritura número 36, de fecha diez de marzo de mil novecientos diez y siete, por la cual los herederos de Francisco Torres Aldana vendieron a Angel María Llanos el mismo lote antes descrito."

Estos títulos fueron complementados con la hijuela de Remedios Manzano en la sucesión de Manuel Manzano, y con las hijuelas que se les hicieron a los vendedores de Llanos en las sucesiones de Francisco Torres Aldana y Jerónima Mondragón.

Cierto es que Andrade no presentó la hijuela que se le hubiera hecho a Marcelino Manzano, su vendedor, en el juicio de sucesión de Manuel Manzano, pero Andrade está en posesión del lote de terreno disputado, y el demandante Buenaventura no acompañó, a pesar del auto para mejor proveer, el título por el cual Santiago Jiménez hubiera adquirido el terreno que hoy pretende reivindicar.

Siendo, pues, anteriores los títulos presentados por los demandados, y estando éstos en posesión, es justo librar el pleito a favor de ellos, llegando a la misma conclusión a que llegó el Tribunal de Buga en virtud de los nuevos títulos acompañados, y ya que respecto a la identidad del lote disputado no hay duda, como así lo consignó el Tribunal al decir:

"A pesar de la diferencia que se observa en la alinderación y cabida superficiaria de los lotes de tierra medidos y entregados a Micaela Cruz en el año de mil ochocientos cuarenta y dos, y las que dan los títulos presentados por los demandados, se comprende claramente que son unos mismos esos lotes, y que esas diferencias son más aparentes que reales, comoquiera que sólo dependen de cambio de personas y de nombres en los dueños de los predios colindantes, por razón del transcurso del tiempo y de la continua transmisión de la propiedad raíz, y de métodos y formas diversas para hacer la medida, o de simples cálculos aproximados. Así, sin duda alguna, el lote vendido por Pedro María Olarte a Manuel y Marcelino Manzano, por escritura número 208, de fecha diez y nueve de abril de mil ochocientos setenta y uno, es el mismo que, según diligencia de fecha seis de septiembre de mil ochocientos cuarenta y dos, le fue medido y entregado a la nombrada Micaela Cruz, aunque Olarte le asigna una cabida mayor, porque de uno y otro título se saca en conclusión que dicho lote está ubicado en el ángulo de las calles que lo separan por el Occidente de la casa que es hoy de propiedad de Sofía Rojas, y por el Norte, con la propiedad que fue de Juan Fernández,"

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

Primero. Revócase el fallo de primera instancia en su numeral primero, y confírmase en lo demás, y en consecuencia, se absuelve a los demandados de todos los cargos de la demanda.

Segundo. Sin costas en la casación.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Cali, el doctor Joaquín Borrero Sinisterra, apoderado sustituto de la señora Tránsito Bedoya de Casañas, formuló una demanda de separación de bienes contra el señor Julio Casañas, esposo de esta señora, apoyado en hechos que, en concepto del apoderado, constituyen motivo para creer que el señor Casañas no administra debidamente los bienes de la sociedad conyugal y los de la mujer.

El Juez del conocimiento, que lo fue el mismo Juez 2º, en sentencia de veintisiete de enero de mil novecientos veintiocho, negó la separación de bienes solicitada.

Apeló el apoderado de la demandante, y el Tribunal Superior de Cali, en sentencia de treinta de octubre de mil novecientos veintinueve, confirmó la de primer grado.

Elevado el proceso a la Corte, en recurso de casación, y decretado el traslado a la parte recurrente, el doctor Carlos H. Pareja (apoderado de la demandante), presentó personalmente un memorial, en el que manifiesta que reasume el poder, por estar ausente el doctor Carmelo Saladén, a quien se lo había sustituído, y que desiste del expresado recurso.

Como el desistimiento es admisible, porque reúne los requisitos que para el caso exige el artículo 813 del Código Judicial, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, lo admite, y, por tanto, declara ejecutoriada la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Cali.

Son de cargo del recurrente las costas que se hubieren causado.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

Ante el Alcalde de Sotomayor, el señor Elías González R. avisó las minas de **La Unión, Peñol, La Nueva, La Esperanza y La Constancia,** como abandonadas, el siete de febrero de mil novecientos veintiséis.

El día nueve del propio mes, Jorge Luna G. denunció ante el señor Gobernador del Departamento de Nariño,

como recomendado de González y del señor Gregorio Mejía P., la mina de **La Unión** y lo mismo hizo con las otras.

Doña María Peña de Osejo, mujer viuda, obrando en su propio nombre y como representante legal de sus menores hijos Efrén, Hernán, Pedro Pablo e Inés Osejo, presentó un memorial de oposición ante el mismo señor Gobernador, por lo cual éste remitió el asunto al Juez 1º del Circuito de Túquerres.

El señor Juez dispuso que los denunciantes Mejía P. y González R. debían asumir el papel de actores; y en tal virtud, González, por sí y como apoderado de su compañero, presentó un memorial de demanda, cuya parte petitoria está concebida así:

"Por las razones que dejo expuestas, pido respetuosamente al señor Juez se sirva declarar sin valor alguno la oposición propuesta por la señora María Peña viuda de Osejo, por ser infundada; y una vez fallado este asunto, ruego a usted devolver los documentos originales que lo motivan, a la Gobernación del Departamento, para los fines legales."

Expuso estos hechos:

"1º Los avisos de las minas cuestionadas fueron dados el día siete de febrero del presente año (1926), por el socio de mi poderdante, según consta de las respectivas copias de éstos, las que legalmente fueron expedidas por el señor Alcalde Municipal de Los Andes, y que hoy éstas se hallan en el Despacho al digno cargo de usted, juntamente con los correspondientes denuncios, de fecha nueve de febrero de este mismo año (1926), por haberlo así dispuesto la Gobernación del Departamento en la providencia que recayó al memorial de oposición, suscrito en la ciudad de Pasto por la señora María Peña viuda de Osejo; y

"2º La señora María Peña viuda de Osejo, en representación de sus propios derechos y en el de los herederos del doctor Virgilio Osejo (q. d. D. g.), pagó los derechos correspondientes a tales minas, por medio de un recomendado, **el día nueve de marzo de mil novecientos veintiséis**, con el respectivo recargo del uno y medio por ciento mensual, conforme así lo dispone el artículo 163 del Código de Minas; y además, el día quince del mismo mes y año las redimió a perpetuidad, según así consta de los recibos que expidió el señor Administrador Departamental de Hacienda Nacional, con esas fechas, y que se hallan acompañados a la oposición de que he hecho mérito; pero esto sin haber ella tenido en cuenta el renglón último de este mismo artículo, que dice: 'siempre que no se haya denunciado la mina antes de hacerse el pago.'"

Agregó que las razones de derecho se encuentran consagradas en los artículos 309, 341, 343 y otros del Código de Minas.

La señora Peña de Osejo rechazó la acción, al contestar la demanda, y solicitó que se declararan nulos los avisos y denuncios de los minerales expresados, por haberse omitido la vecindad y citación de los poseedores de ellos; que se declarara fundada igualmente la oposición, y, por último, que se decidiera que los herederos del doctor Virgilio Osejo tienen asegurada a perpetuidad la propiedad de las minas.

El Juez 1º del Circuito de Túquerres, en sentencia de tres de octubre de mil novecientos veintisiete, resolvió que la señora Peña de Osejo, por sí y en representación de sus menores hijos, tiene derecho preferente para oponerse al denuncio de Mejía y González y que es nulo el denuncio de las expresadas minas.

Por apelación de la parte actora, subió el asunto al Tribunal Superior de Pasto, quien, en sentencia de veintisiete de noviembre de mil novecientos veintiocho, confirmó la de primer grado.

La misma parte introdujo recurso de casación, que la Corte admite por hallarse en las condiciones legales, y procede a decidir.

Se alegan las causales 1ª y 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Dícese respecto de la segunda, que el Tribunal no resolvió si era fundada o infundada la oposición de la señora Peña, sino que ésta tenía derecho preferente para oponerse al denuncio de Mejía y González y que tal denuncio es nulo; lo cual no fue propiamente lo demandado: de aquí la incongruencia del fallo con la demanda. Téngase presente que el Tribunal confirmó la sentencia del Juez.

Estima la Corte que, aunque irregular en la forma, la decisión que se critica no envuelve abstención de fallar, sino un exceso, que sería el caso de reducir a sus precisos límites, si no estuviera justificada la causal 1ª en varios de sus motivos.

Véase, pues, lo que hay en relación con esta causal.

Se acusa la sentencia por violación de ley sustantiva, ya directamente, ya por indebida aplicación y por mala apreciación de ciertas pruebas.

El recurrente expone varios motivos, de los cuales se compendian algunos.

El Tribunal reconoció que las minas de **La Unión, La Nueva, El Peñol, La Esperanza y La Constancia** estaban abandonadas, y que en tal virtud Mejía y González tuvieron perfecto derecho de avisarlas, y sin embargo, para estimar nulos los avisos dados por ellos, aplicó erróneamente la ley sustantiva, que exige para la validez de los denuncios que se exprese el nombre del último poseedor de la mina denunciada; violación ésta que es directa, pues halló que los denuncios eran válidos y luégo determinó que los avisos eran nulos por carecer de la determinación del último poseedor, lo que equivale a aplicar a los avisos las disposiciones legales que reglamentan los denuncios.

Si el Tribunal—agrega—encontró que los denuncios no eran inválidos, sino que lo eran los avisos, ha debido enmendar la sentencia del Juez, para declarar fundada la oposición por razón de la nulidad de los avisos, y no por la de los denuncios; al no proceder así, el Tribunal se contradijo desde el punto de vista de sus ideas.

Impugna el recurrente, entre otros, este párrafo de la sentencia:

"Pero sí cree el Tribunal que lo están (viciados) los avisos, por cuanto en ellos se omitió dar el nombre del anterior poseedor. Debe advertirse que la obligación de dar el nombre es condicional, siempre que se sepa ese nombre. El inciso 6º del artículo 94 del Código de Minas dice:

'Cuando se omite el nombre del último poseedor de la mina demandada, sabiéndolo; y también cuando se cambie dicho nombre por otro.'

"Este hecho de la omisión del nombre, para que produzca el efecto de nulidad, es necesario que se pruebe. En el presente asunto está perfectamente demostrado con la confesión de Mejía y de González que ellos conocían ese nombre. De manera que hay que deducir necesariamente que si lo callaron lo hicieron maliciosamente....."

Cuanto a los textos legales aplicables, manifiesta el recurrente que "no lo son ni el artículo 94 del Código de

Minas, ni tampoco el numeral 6º de ese artículo, sino lo dispuesto por los artículos 341 y 346, en armonía con lo dispuesto en el artículo 8º de dicha obra, esto es, que tratándose de minas abandonadas, que bien pudo denunciar Mejía como tales, como lo reconoce la sentencia, el aviso de estar esas minas desiertas y abandonadas y el querer denunciarlas el avisante para mi poderdante, fue menester dar ese aviso al respectivo Alcalde del Distrito de Los Andes, con la indicación de la localidad y punto preciso donde están situadas, y se expresó en tales avisos el paraje denominado **Hueco Largo**, de aquel Distrito, y los demás puntos inmediatos, que dieron a conocer con entera claridad esa localidad, de tal manera que no pudiera confundirse con otras."

La Corte considera:

El Tribunal admitió que las minas de que se trata en este juicio estaban abandonadas cuando fueron avisadas y denunciadas por Mejía y González y aceptó igualmente que los denuncios son válidos.

Estos puntos no se hallan controvertidos en casación; y téngase presente, para contestar una observación de la contraparte en el actual recurso, que el Tribunal llegó a la confirmación del fallo del Juez mediante razones distintas de las desarrolladas en éste, como lo acredita el hecho de no haber habido condenación en costas por tal motivo. Por tanto, no es dable sostener que la sentencia de primera instancia está incorporada en la de segunda.

El sentenciador afirmó que los avisos estuvieron mal dados, aplicando a ellos la disposición del numeral 6º del artículo 94 del Código de Minas.

Semejante aplicación es evidentemente errónea e implica el quebrantamiento de la disposición.

El numeral 6º se refiere, en su tenor literal, al denuncio de las minas abandonadas y no a su aviso, y ello para el solo efecto de declarar nulo el título.

El artículo 346 del propio Código establece que el restaurador de una mina ha de comenzar por avisarla, y que al aviso le es aplicable todo lo dispuesto en los artículos 8º a 14 (reemplazado éste por el 6º de la Ley 38 de mil ochocientos setenta y siete. Ahora bien: leyendo atentamente tales artículos, se comprende que en ellos no se prescribe que en el aviso de una mina abandonada se indique el nombre del último poseedor. El artículo 353 manda que en el escrito de denuncio de minas abandonadas se expresen el nombre y la residencia del último poseedor, si se saben, y de nó, que así se diga claramente en el escrito; y si no existe en el Código, como es lo cierto, una disposición análoga para el aviso de las mismas, es porque tal requisito no es necesario en dicha pieza. Por lo demás, la jurisprudencia tiene resuelto que la ley no reconoce nulidad de avisos ni de denuncios de minas.

En casación de diez y seis de septiembre de mil novecientos doce, declaró la Corte que cuando se trata de la simple denuncia de una mina abandonada, el haberse omitido a sabiendas la designación del último poseedor no es, según la ley, causal de nulidad de tal denuncia, aunque sí lo es del título. Y con mayor razón ha de sostenerse que no hay nulidad en el aviso de una mina abandonada por no haberse expresado el último poseedor, cuando esto no es obligatorio, como acaba de decirse.

Siguese de aquí que la sentencia, además de violar por indebida aplicación el susodicho numeral 6º del artículo 94 del Código de Minas, quebrantó por omisión o por mala interpretación los artículos 8º y 346; lo cual significa que es casable aquella sentencia.

Para resolver esta instancia, basta considerar que, caídas en abandono las minas por no haberse pagado oportunamente el impuesto de mil novecientos veinticinco (artículo 341 del Código de Minas), pudieron ser avisadas y denunciadas por los demandantes y que el pago del impuesto, con el recargo, hecho con posterioridad a las diligencias de aviso y denuncio, y la redención a perpetuidad, que también efectuó la señora Peña, no hacen desaparecer el derecho de Mejía y González, a quienes aprovecha el estado de abandono de semejantes minas (artículo 163). El artículo 5º de la Ley 59 de 1909 estatuye que los dueños de minas tituladas que hayan pagado el impuesto y que no estén en litigio, pueden asegurar permanentemente la propiedad de las minas, si pagaren duplicado de una vez lo que debieran pagar en veinte años; pero como los sucesores del doctor Osejo no cubrieron a tiempo el impuesto por el año susodicho, y con ello se produjo el abandono de las minas, se ve que no los ampara lo establecido en el citado artículo.

De lo expuesto se concluye que es infundada la oposición de la señora Peña de Osejo.

Como ella no propuso demanda de reconvención, no sería el caso de declarar, aunque así estuviera acreditado, que los herederos del doctor Osejo habían asegurado permanentemente la propiedad de las minas. Respecto de la nulidad de los avisos y denuncios, pedida igualmente por la señora, podría estimarse que es la alegación de una excepción; pero como se ha visto que no existe tal nulidad, es improcedente la excepción.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Pasto, el veintisiete de noviembre de mil novecientos veintiocho, y en su lugar resuelve:

Se revoca la sentencia dictada por el Juez 1º del Circuito de Túquerres el tres de octubre de mil novecientos veintisiete y, en consecuencia, se declara sin valor la oposición hecha por María Peña de Osejo al denuncio de las minas a que se refiere este juicio. Las diligencias volverán al señor Gobernador del Departamento de Nariño para los fines legales consiguientes.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

Ante el Juez del Circuito de Bogotá, el apoderado del señor Polo Cema demandó a la señora Ana María Bernal, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"1º Que se declare nula, de nulidad absoluta, la escritura número mil quinientos ochenta y dos (1582), de diez y seis de julio del corriente año, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito de Bogotá, y en la cual consta la venta que mi poderdante señor Polo Cema hizo a la señora Ana María Bernal, de una casa de propiedad del

primero, de tapia y teja, con el piso en que está edificada, ubicada en el barrio de Las Cruces de esta ciudad, en la carrera 4ª, que linda:

"Al Norte, con finca de Nepomuceno Rodríguez; al Sur, parte con casatienda de Jesús Castro y parte con propiedad que fue de Modesto Zapata, hoy de sus herederos; por el Oriente, con propiedades que fueron de Modesto Zapata, hoy de sus herederos; y por el Occidente, con la cuadra 1ª de la carrera 4ª

"2º Que se declare resuelto por falta de pago el contrato de compraventa contenido en la escritura mil quinientos ochenta y dos (1582), ya citada, por no haberse pagado por parte de la compradora la totalidad del precio estipulado.

"3º O en subsidio, se declare rescindido el contrato de compraventa contenido en la escritura número mil quinientos ochenta y dos (1582), de diez y seis de julio del corriente año, ya especificada, habido entre mi poderdante señor Polo Cema y la señora Ana María Bernal, y consiguientemente se ordene la cancelación de la mentada escritura."

Invocó, en apoyo de su demanda, los artículos 1928, 1946, 1947 del Código Civil; 929, 270 del Código Judicial, y los hechos que se transcriben a continuación:

"1º El señor Polo Cema, mi poderdante, estando en un estado de salud bastante delicado, y en una depresión moral lamentable, compareció ante el señor Notario 1º de este Circuito de Bogotá, y otorgó a favor de la demandada, señora Ana María Bernal, la escritura número mil quientos ochenta y dos (1582), ya citada, en que consta la venta de la casa de propiedad de mi poderdante, y cuyos linderos se hallan determinados en la parte petitoria de esta demanda.

"2º En esta escritura se fijó como precio de la compraventa la suma de dos mil pesos ($ 2,000) moneda corriente.

"3º La señora compradora, no obstante esta estipulación, no pagó a mi poderdante la mentada cantidad, pues tan sólo se limitó a cancelar una hipoteca que gravaba la finca por la cantidad de trescientos pesos ($ 300) moneda corriente.

"4º La señora compradora, no obstante el haberle exigido en repetidas ocasiones el pago del resto del precio estipulado, se ha negado rotundamente a verificarlo."

Son hechos de la petición subsidiaria, además de los mismos expresados para la demanda principal:

"1º El haberse fijado como precio de la compraventa la suma de dos mil pesos ($ 2,000) moneda corriente.

"2º El ser tal precio estipulado, aun supuesto el caso de haber sido recibido en su totalidad por el vendedor, inferior en mucho a la mitad del justo precio de la cosa vendida.

"3º El valer la cosa materia de la compraventa, cuya rescisión pido, según el precio común y corriente de la propiedad raíz, en la época en que celebró el contrato, como precio mínimo, la suma de seis mil pesos ($ 6,000) moneda corriente."

Contestó la señora Bernal negando la mayor parte de los hechos, aceptando otros, y oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Seguido el juicio por sus trámites propios, el Juez lo falló así:

"..... el Juzgado..... **declara rescindido** el contrato de compraventa celebrado entre el señor Polo Cema y la señora Ana María Bernal, por escritura pública número mil quinientos ochenta y dos, el diez y seis de julio de mil novecientos veintiséis, en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá.

"Ordénase la cancelación de dicha escritura.

"Concédese al demandado el término de seis días, contados desde la ejecutoria de esta sentencia, para hacer uso del derecho que le otorga el artículo 1948 del Código Civil.

"Vencido este término se librará el oficio sobre cancelación de la escritura y sobre cancelación del registro de la demanda.

"Tiénese como justo precio de la casa, el día diez y seis de julio de mil novecientos veintiséis, el de cinco mil pesos moneda corriente.

"No se hacen las demás declaraciones pedidas."

La sentencia del Juez fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, y contra el fallo de éste, la señora Bernal interpuso recurso de casación que la Corte admite, por estar ajustado a las prescripciones que para el efecto determina la ley.

Alega el recurrente la primera causal de casación, y sostiene que la sentencia del Tribunal violó los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, por indebida aplicación, a la cual llegó el sentenciador por error de derecho, al apreciar la prueba pericial, quebrantando los artículos 668 del Código Judicial; 77, 79 y 80 de la Ley 105 de 1890, y 16 de la Ley 39 de 1921.

Explica luego este motivo de su acusación así:

"1º En primera instancia se hizo practicar una inspección ocular con peritos, a fin de determinar el valor de la finca raíz, objeto de la litis, en la época del contrato, y si bien es cierto que los peritos en la diligencia determinaron el valor de esa finca en cinco mil pesos, también lo es que respecto de tal avalúo no se cumplieron todas las **formalidades legales necesarias para su validez como prueba**; pues aunque se mandó poner en conocimiento de las partes, no se cumplió ese mandato, como que se quedó sin notificar, dando así lugar a que no se diera cumplimiento al artículo 668 del Código Judicial, que exige aquella formalidad, para que las partes puedan alegar contra el dictamen los defectos que encuentren, ya porque no se haya explicado o fundado suficientemente, y en fin, para que pueda ser atacado por error esencial, dolo o ignorancia, en caso de que adolezca de esos defectos. Como sin el cumplimiento de dicha formalidad no puede la prueba pericial tenerse como tal, pues que sin ella no puede considerarse como depurada de los defectos de que pueda adolecer, síguese que al peritazgo de primera instancia, a que se ha hecho referencia, como que lo afecta dicha irregularidad, no podía el Tribunal reconocerle valor probatorio alguno, y al hacerlo, como lo hizo, reconociéndolo como plena prueba, incurrió en error de derecho, que hace casable la sentencia acusada."

Continúa el recurrente haciéndole reparos al dictamen pericial practicado en la primera instancia del juicio, entre otros, el de que los expertos no lo fundaron, ni identificaron la finca que fue materia del avalúo.

Considera la Corte que, en efecto, la prueba pericial de que se trata quedó incompleta, desde luego que no se notificó a las partes el auto por el cual se ordenó poner en su conocimiento la exposición de los peritos; pero como el Tribunal no sólo se fundó en esa prueba, sino principalmente en la inspección practicada con el auxilio de expertos en la segunda instancia, importa estudiar la

acusación que el recurrente le hace a dicha prueba, suficiente por sí sola para fundar la sentencia, en lo relativo a la declaración de la acción rescisoria propuesta.

Admite el recurrente que sí se cumplió en el segundo avalúo la formalidad prescrita por el artículo 668 del Código Judicial, omitida en el primero; pero lo objeta porque los peritos no determinaron con precisión el valor de la finca al tiempo del contrato, una vez que si estimaron en cuatro pesos el precio de la vara cuadrada del terreno, no señalaron con precisión el total de las varas cuadradas que constituyen la cabida de la finca. Se funda para ello en que interrogados los peritos sobre la mensura del terreno, respondieron que como se trataba de avaluar y no de medir, hicieron apenas cálculo aproximado de la extensión del terreno, que les dio una cabida de setecientas varas cuadradas, lo cual les bastó para formar su concepto sobre el valor de la finca.

Lo impreciso de los peritos, dice el recurrente, hace que no sea seguro en realidad su dictamen, y que carezca, por consiguiente, del valor de plena prueba; mas como el Tribunal le reconoció la eficacia de tál, incurrió en error de derecho, y violó los artículos 79 y 80 de la Ley 105 de 1890, así como el artículo 321 del Código Judicial, que ordena resolver las controversias en los casos dudosos a favor del demandado. Asímismo estima quebrantado el artículo 542 del Código citado; pues si el concepto pericial de primera instancia no podía considerarse ante la ley como plena prueba, según lo expuesto, la demanda de rescisión por lesión enorme tenía que fracasar, escueta como quedó de toda prueba, circunstancia que imponía la absolución de la parte demandada, conforme a la letra de la sobredicha disposición legal.

Considera la Corte que en el dictamen pericial de segunda instancia los peritos afirman con seguridad que el valor del lote era de tres mil ochenta pesos, teniendo en cuenta las condiciones de lugar, de regularidad de tamaño, de facilidades para la edificación, por lo cual concluyen que el avalúo es seguro y preciso; y si bien agregan que no hicieron una medida rigurosa del lote, por no creerlo necesario, pues se trataba de avaluar y no de medir, conceptúan que la medida aproximada dio una extensión de setecientas setenta varas cuadradas, con relación a la cual emitieron su concepto.

Ahora bien: el recurrente no ha presentado la prueba de que el lote fuera de extensión menor que la calculada por los peritos. Ellos conceptuaron tanto sobre la cabida como sobre el precio, y en la oportunidad legal su dictamen no fue objetado, ni mucho menos se demostró que hubieran errado en el cálculo de la cabida, que es el reparo que ya en casación hace el recurrente. Por tanto, el Tribunal, al acoger el avalúo pericial de segunda instancia, no ha vulnerado los artículos que el recurrente dice fueron infringidos como consecuencia de un error de hecho, que no aparece justificado.

Pero, observa el autor del recurso, que la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal, señala como precio de la finca, para los efectos del artículo 1948 del Código Civil, la suma de cinco mil pesos, que fue el establecido en el dictamen pericial de la primera instancia, y como tal dictamen no puede estimarse como una prueba completa, según las razones expuestas anteriormente, peca la sentencia acusada, sigue diciendo el recurrente, por error de derecho, en cuanto acepta para el objeto dicho el precio fijado en la primera instancia, a virtud de una prueba que no es tál.

Observa la Corte que en la sentencia de primera instancia el señor Juez dijo:

"Tiénese como justo precio de la casa, el día diez y seis de julio de mil novecientos veintiséis, el de cinco mil pesos moneda corriente."

Tal declaración tiene como fundamento el dictamen pericial practicado en el primer grado del juicio, que, según se ha visto, no puede estimarse como prueba, por haber quedado incompleto. Prospera, pues, en esa parte la acusación del recurrente, en virtud del error de derecho que alega, y habrá de casarse en dicho punto la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la primera, en todas sus partes.

Los peritos de segunda instancia dieron su dictamen en el sentido de avaluar el terreno en la suma de $ 3,080, y la edificación existente en él en la de $ 1,000, es decir, estimaron el valor total del inmueble en la fecha de la escritura, en la cantidad de $ 4,080, y como su dictamen, por haber sido practicado con todos los requisitos legales, sí es aceptable según se deja demostrado en otro lugar de este fallo, y además, por sí solo sirve para sustentar las conclusiones del Tribunal, la Corte, en reemplazo de la parte infirmada de la sentencia, acoge la suma sobredicha, como base para las prestaciones de que trata el artículo 1948 del Código Civil.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el quince de noviembre de mil novecientos veintiocho, en cuanto confirma la declaración hecha en el fallo de la primera, que dice:

"Tiénese como justo precio de la casa, el día diez y seis de julio de mil novecientos veintiséis, el de cinco mil pesos moneda corriente," revoca en ese punto este último fallo, y en su lugar declara:

1º Tiénese como justo precio de la casa, el día diez y seis de julio de mil novecientos veintiséis, el de cuatro mil ochenta pesos moneda corriente ($ 4,080).

2º Queda vigente la parte no casada de la sentencia del Tribunal, o sea la confirmación de todos los demás puntos de la sentencia de primera instancia.

Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—**Francisco Tafur A.**—El Conjuez, **Eduardo Rodríguez Piñeres—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Por medio de apoderado, la Comunidad de Guaca, constituída en el globo de tierra que tiene este mismo nombre, situado en el Municipio de Heliconia, Departamento de Antioquia, entabló ante el Juez del Circuito de Titiribí, contra Antonio Montoya O., juicio de reivindicación de un lote de terreno que hace parte de aquella finca, situado en el paraje de **Los Botes** o **Perrillo,** y delimitado así: por el frente, con un camino que conduce a la finca de **El Tirol;** por la cabecera, con terrenos que ocupan Domingo Gaviria, José María Hernández y Pastor Valencia, con el camino que conduce a la veta de carbón

El Perrillo, con socavones de esta veta y con terreno ocupado por el comunero Néstor Betancur; por el pie, con la quebrada **La Lucía**; y por el Norte, con terreno que ocupa Tobías Chavarriaga.

El globo general se delimita así: del **Alto de Las Cruces**, por todo el filo principal, a buscar los nacimientos de la quebrada **Zabaletas**; ésta, abajo, hasta donde desemboca la quebrada **Escalereta**; ésta, arriba, hasta el filo del **Chagualal**; por éste, a buscar la derecha que da a la peña de **La Antigua**, donde estaba la iglesia vieja; de allí, línea recta, al paso de la quebrada **Albuneña**; ésta, arriba, hasta la quebrada del **Desecho**; ésta, arriba, hasta el paso del camino que viene de Medellín; de aquí, por todo el camino, hasta el **Alto de Las Cruces**, primer lindero.

Se basa la demanda en estos hechos:

1º El dominio del terreno demandado pertenece proindiviso a los demandantes y a otros condueños que se designan en el libelo de demanda, quienes, agregando a su posesión la de sus causantes inmediatos y mediatos, han poseído de modo regular el terreno por mucho más de treinta años sin interrupción, pacífica y públicamente, ejerciendo en él toda clase de actos de dominio, tales como explotación de las hulleras y fuentes saladas, construcción y sostenimiento de edificios, acueductos, cercas y caminos; corte, aserrada y extracción de maderas, etc., de manera que si no tuvieran justos títulos de propiedad, como los tienen, habrían ganado por prescripción extraordinaria el dominio de dicho lote de terreno.

2º En este terreno han vivido muchos individuos, ya como arrendatarios o comodatarios, ya por mera tolerancia de sus dueños, sin que de esto resulte ningún gravamen, pues antes, por el contrario, se ha hecho eso con el objeto de conseguir trabajadores para la gran empresa de producción de sales que tienen allí los comuneros. Pero de poco tiempo acá varios de esos individuos han resuelto tornarse de meros tenedores en poseedores de las porciones de terreno en que han vivido. Entre éstos se cuenta el demandado señor Antonio Montoya, respecto del terreno demandado.

3º Este pequeño lote es una cosa singular, y de su posesión está privada la Comunidad de Guaca, por los actos de Montoya.

4º Este, con todos los demás habitantes de Heliconia, ha sabido siempre, por ser ello público y notorio desde tiempo inmemorial, que el terreno que ocupa es parte integrante del llamado Comunidad de Guaca.

5º Entre dichos comuneros no han faltado personas para quienes no corre la prescripción, como las mujeres casadas, de que se habló atrás, o como los menores Sofía, Ester y Luis M. Alvarez.

Como fundamento de derecho se invocan los artículos 740, 742, 752, 764, 766, 768, 770 del Código Civil.

El demandado contradijo la acción, y opuso la excepción de prescripción extraordinaria.

El Juez dictó sentencia absolutoria del demandado, basado en la declaración que hace, de estar probada la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva.

Por apelación de la parte actora, el Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de fecha diez de diciembre de mil novecientos veintiséis, revocó la de primer grado, y decidió:

"1º Declárase que la Comunidad de Guaca es propietaria del lote de terreno comprendido por los siguientes linderos, ubicado en el paraje de **Los Botes o Perrillo**:

'Por el frente, con un camino que conduce a la finca de **El Tirol**; por la cabecera, con terrenos que ocupan Domingo Gaviria, José María Hernández y Pastor Valencia, con el camino que conduce a la veta de carbón **El Perrillo**, con socavones de esa veta y con terreno ocupado por el comunero Néstor Betancur; por el pie, con la quebrada **La Lucía**; y por el Norte, con terreno que ocupa Tobías Chavarriaga. Estos linderos están indicados con cercas de alambre y árboles de quiebrabarrigo y con los barrancos que bordean dicha quebrada.'

"2º El demandado Antonio Montoya O. debe restituir el aludido terreno a la Comunidad de Guaca, dentro de los tres días siguientes al auto de cumplimiento que recaiga a esta sentencia en el Juzgado de origen.

"3º El mismo demandado debe pagar el valor de los deterioros del terreno, y se le declara responsable de ellos en su condición de poseedor de mala fe en los términos de los artículos 963, inciso 1º, y 964, incisos 1º y 2º, ambas disposiciones del Código Civil. La fijación de los deterioros y frutos se hará en juicio separado.

"4º Declárase no probada la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva."

La parte demandada interpuso casación, recurso que no fue concedido sino un año después, por causa de la diligencia de avalúo que hubo de practicarse para determinar la cuantía del pleito.

El recurso es admisible, y se basa en la primera causal de casación.

Primer cargo. Entre los motivos que contiene la demanda de casación, figura el que acusa la sentencia por error de derecho en la apreciación del documento que sirvió de base al Tribunal para condenar al demandado Montoya O., y violación consiguiente del artículo 2485 del Código Civil.

El documento en referencia es el acta que se levantó ante el Alcalde de Heliconia y su Secretario, por el representante de la Comunidad de Guaca y Antonio Montoya Ospina, partes litigantes actualmente en este juicio, con ocasión de una querella de policía entablada por la Comunidad contra el segundo. Reza así este documento:

"En veinticuatro de marzo de mil novecientos diez y siete, a las tres y media de la tarde, se presentaron en esta Alcaldía los señores Carlos A. Ortiz M. y Antonio Montoya Ospina y de su espontánea voluntad expusieron:

"Que han arreglado la presente querella así: Antonio Montoya Ospina no pone obstáculo de ninguna clase a la Comunidad de Guaca para que abra sus vetas, caminos y playas en los terrenos que Montoya ocupa, y que son de propiedad de dicha Comunidad, pagándole ésta a Montoya las mejoras que le dañe o destruya con tales trabajos, a precio convencional o a justa tasación de peritos imparciales. En virtud de esto, Ortiz, como apoderado de la Comunidad, da permiso y faculta a Montoya para que trabaje las veticas denominadas **Calichúa Chiquita, Metal y Tres Vetas**, vendiéndole a la Comunidad al precio que paga la generalidad de los demás carbones."

Aquella querella de policía tenía por objeto que Montoya O. prescindiera de poner obstáculo al trabajo de explotación que efectuaba a la sazón la Comunidad de unas vetas de carbón, y apertura de caminos y playas en los terrenos que ocupaba Montoya. De parte de la Comunidad se estipuló la promesa de indemnizar a éste de los daños que con motivo de tales trabajos pudieran ocurrir en las mejoras plantadas en esos terrenos, y de conceder permiso para explotar por cuenta de Montoya O., y en su provecho, tres veticas de carbón de propiedad de la Comunidad. Estas son las estipulaciones sustanciales.

Pero en la contraída por Montoya, al designar los terrenos en que radicaba su permiso para la explotación, agregó esta proposición complementaria:

"..... y que son de propiedad de dicha Comunidad.," la cual se ha tomado como base única de la sentencia. El Tribunal halló en ella el acto de haber "reconocido el demandado el dominio de la Comunidad de Guaca sobre las vetas de carbón existentes en el terreno sujeto a la acción reivindicatoria, y borrado de un golpe el título de poseedor que venía alegando desde la contestación de la demanda." Y agrega en seguida la sentencia:

"Es lógico que si en el año de mil novecientos diez y siete, fecha del arreglo transcrito, reconoció el dominio de la Comunidad cuando dijo que los terrenos ocupados eran de propiedad de aquélla, no dejó con apoyo la tenencia con ánimo de señor y dueño, que requiere el artículo 772 del Código Civil, como elemento primordial de toda posesión."

El recurrente formula su cargo así:

"El Tribunal, al pretender que con la expresión del acta, de que los terrenos ocupados eran de propiedad de la Comunidad de Guaca, Montoya renunciaba a su derecho de dominio y a sus excepciones y exposiciones, cuando la transacción recaía sobre objetos específicos, cuales son los que se dejan ya expresados, violó directamente el artículo 2485 del Código Civli, que reza:

"Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión (cosa que no dice el acta de transacción, y que quiso hacer aparecer el Tribunal del acta misma), deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige."

Se considera:

La declaración de Montoya, concerniente a la propiedad de los terrenos que ocupa, fue hecha fuera de juicio, en un acta pasada ante un funcionario público competente, esto es, en un documento auténtico (artículo 678, Código Judicial). Esa acta constituye, pues, un acto de los definidos en derecho civil por **actos de reconocimiento**, o sean aquellos documentos redactados para dejar constancia de la aquiescencia que una persona otorga a otra respecto de un derecho real o personal, derivado de un título anterior.

Esta clase de declaraciones se rige en materia de pruebas, no ya por meras disposiciones del Código de Procedimiento, relativas a la confesión extrajudicial, sino que han de aplicarse los principios de derecho y los preceptos positivos que rigen la fuerza probatoria de las declaraciones y enunciaciones hechas por las partes en los instrumentos públicos.

Ya se dejaron transcritos los objetos específicos sobre que versó el convenio de transacción, celebrado entre la Comunidad y Montoya. Con ninguno de ellos tiene conexión **ratione materiae** la frase mencionada, porque ni en la querella de policía a que puso fin el convenio, ni en las estipulaciones de éste, fue materia ventilable o transigible la propiedad del terreno; tal frase se puso como un agregado incidental, como una mera enunciación, y como tál, se halla sujeta en cuanto a su fuerza probatoria a la disposición del artículo 1765 del Código Civil, en relación con el 2485 ibídem. Ordena aquel artículo:

"El instrumento público o privado hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato."

Ordena el artículo 2485:

"Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho o pretensión deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige."

En este caso enseñan los expositores que "cuando la enunciación no tiene relación directa con lo dispositivo, de modo que éste aparezca íntegro sin ella, no puede racionalmente presumirse que la intención de las partes contratantes se haya fijado por igual en lo dispuesto y en lo enunciado. Las enunciaciones extrañas no bastan por sí solas como prueba, sino que pueden servir de adminículo, a fin de justificar el hecho enunciado con la ayuda de otras pruebas." En desarrollo de esta doctrina, trae el expositor Potier un ejemplo, que viene muy al caso en la presente litis:

"Si en la escritura en que se hace constar la venta de una heredad, el vendedor ha enunciado que ésta provenía de cierta sucesión, tal enunciación no ha podido atraer la atención del comprador sobre una circunstancia que apenas tiene una relación indirecta con la convención principal. No se podría, pues, más tarde, si se reclama este inmueble como de propiedad de la sucesión, prevalerse contra el comprador del hecho de haber aceptado y firmado el instrumento en que se hallaba esa enunciación incidental."

Y si esto se dice de una enunciación sobre propiedad, consignada en el título mismo de enajenación, ¿cómo sostener que la hecha en un juicio de policía, con ocasión de arreglos completamente ajenos al punto de propiedad, sea prueba irrefragable de haber cambiado Montoya su título de poseedor prescribiente por el precario de mero tenedor, o prueba de haber renunciado a una prescripción que el mismo Tribunal reconoce consumada, según pruebas fehacientes?

En el caso actual no era la enunciación de Montoya la que podía prevalecer sobre la prueba de testigos con que estaba establecido su título de prescripción, sino por el contrario, esta prueba testimonial era la preferente.

La sentencia es casable.

Para fundar el fallo de fondo, se considera:

Eliminada la prueba relativa al supuesto reconocimiento por parte de Montoya, de la propiedad de la Comunidad sobre el terreno reclamado por ésta, subsiste en todo su valor la prueba testimonial con que Montoya demostró la prescripción adquisitiva de la finca; prueba que, como bien lo afirma el Juez de primera instancia, es inobjetable "atendiendo al número, a la edad, a la concordancia de todos los testigos en los hechos y en la circunstancias de modo, tiempo y lugar, ya que deponen por constancia propia y por percepción directa." Con la circunstancia muy de notarse que tales hechos "los confirman en lo sustancial los mismos testigos de la parte actora."

Las conclusiones del Juez fueron confirmadas por el Tribunal en lo general, "después de leer—dice la sentencia—detenidamente esos testimonios," con la salvedad única de deberse computar la suma de posesión de los antecesores.

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

1º Se casa totalmente la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, el diez de diciembre de mil novecientos veintiséis.

2º Se confirma la sentencia de primera instancia, cuya parte resolutiva dice:

"1º Declárase probada la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria propuesta por el opositor Antonio Montoya O., en relación con el siguiente inmueble:

"Un lote de terreno situado en el paraje de **Los Botes** o **Perrillo**, en el Municipio de Heliconia, que especialmente linda:

"Por el frente, con un camino que conduce a la finca de **El Tirol**; por la cabecera, con terrenos que ocupan Dominga Gaviria, José María Hernández y Pastor Valencia, con el camino que conduce a la veta de carbón **El Perrillo**, con socavones de esa veta y con terreno ocupado por el comunero Néstor Betancur; por el pie, con la quebrada **La Sucia**, y por el Norte, con terreno que ocupa Tobías Chavarriaga.

"2º Como consecuencia, absuélvese al mismo Antonio Montoya O. de los cargos que se le formulan en la demanda"; y

3º Sin costas.

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

JUAN N. MENDEZ—**Tancredo Nannetti**— **Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ACUERDO NUMERO 131 DE 1933

En Bogotá, a veintiséis de abril de mil novecientos treinta y tres, reunidos en Sala de Acuerdo los Magistrados doctores Juan C. Trujillo Arroyo, Parmenio Cárdenas e Ignacio González Torres, quienes componen la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, consideraron y aprobaron el siguiente proyecto de Acuerdo, presentado por el último de los Magistrados nombrados:

"En providencia de veintidós de octubre de mil novecientos treinta y uno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de lo Criminal, dijo lo siguiente:

'Ha sido apelada la sentencia proferida por el Juez 2º del Circuito de Caloto, el nueve de junio de este año, en la causa que por perjurio se adelanta contra Mario Barona, Miguel Barona y José Antonio Barona. En tal sentencia se condenó a los procesados a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias consiguientes. La instancia se ha tramitado con arreglo a la ley, y es llegado el momento de hacer la revisión de la providencia materia de la alzada. A esto se procede mediante las siguientes consideraciones:

'En la sentencia proferida por esta entidad, en veinte de octubre de mil novecientos treinta, en la causa que por el delito de hurto se adelantó contra Tomás Charria, se dispuso que el Juez a quo verificara la compulsa necesaria para averiguar el delito de perjurio en que hubieran podido incurrir los declarantes José Antonio, Telmo y Miguel Barona. Según la aludida sentencia, el Tribunal estimó que los Baronas habían faltado a la verdad, al declarar con las formalidades legales, el diez y seis de enero de mil novecientos veintiséis, ante el Alcalde de Florida (Valle), declaraciones en que los Baronas afirmaron que habían presenciado que Lucio Moreno, individuo a quien conocían hacía mucho tiempo como hombre trabajador y honrado negociante, había comprado en el sitio de **El Carrizal**, Distrito de Caloto, el veinticuatro de diciembre de mil novecientos veintiséis, a un sujeto que dijo llamarse Roberto González, un caballo castaño y una montura de estilo americano, por la cantidad de cincuenta y cinco pesos oro ($ 55). Tal semoviente y la montura habían sido hurtados por el llamado Lucio Moreno, quien, para el caso, había cambiado de nombre, ya que el que le corresponde legítimamente es el de Tomás Charria, con el cual era conocido por los Baronas hacía mucho tiempo, y en las prisiones, en donde, con anterioridad, habían estado juntos los declarantes y Charria, a causa de **negocios** como el que relatan en las exposiciones que han sido consideradas falsas.

'Pero es el caso que tales declaraciones fueron rendidas en Florida, Departamento del Valle del Cauca, esto es, que fue en jurisdicción del Juez del Circuito de Palmira en donde incurrieron en la falsedad. Según esto, el Juez competente para conocer de este asunto, no es el de Caloto sino el de Palmira. Se ha incurrido, por lo tanto, en la causal de nulidad que señala el número 1º del artículo 264, de la Ley 57 de 1887, nulidad que debe declararse de oficio. (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo III, número 2938).'

"La nulidad se declaró en efecto, y en tal virtud volvió el asunto al Juzgado 2º del Circuito de Caloto, el cual lo remitió al Juez 3º del Circuito de Palmira, a fin de que conociera de él. Este se abstuvo de avocar el conocimiento, promoviéndole, al propio tiempo, competencia negativa a aquel funcionario. Aceptada por el Juez del Circuito de Caloto la competencia, y tramitada en legal forma, se envió el expediente a esta Sala de la Corte para resolverla, a lo que se procede en seguida.

"Conocida como queda la historia de este asunto, no hay duda de que es al Juez del Circuito de Palmira a quien corresponde conocer de él, porque fue en Florida donde se cometió el delito de perjurio imputado a los Baronas. El hecho de que éstos hubieran declarado por segunda vez sobre el mismo punto, ante el Juzgado del Circuito de Caloto, no desvirtúa la esencia misma de la acción delictuosa imputada a los referidos sindicados, en las circunstancias en que fue realizada en Florida. Además, no se debe perder de vista la difícil situación en que el Juez de Palmira ha pretendido colocar al de Caloto, imponiéndole, hasta cierto punto, con su negativa a conocer del negocio, la obligación de desconocer una providencia de su superior inmediato, para fallar, en cambio, en contra de ella. Situación que, por el contrario, no se le presentaba en ningún caso al de Palmira, perteneciendo, como pertenece, a otro Distrito Judicial.

"En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide la presente competencia disponiendo, como en efecto dispone, que es al Juez del Circuito de Palmira a quien corresponde conocer de este negocio.

"Cópiese en el libro respectivo, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y remítase el expediente a quien corresponda."

En constancia se firma por los Magistrados que integran la Sala y por el suscrito Secretario.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Por delito de hurto de cinco cabezas de ganado mayor, el Juez 1º del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de veintiocho de noviembre de mil novecientos veintinueve, condenó a Emeterio Alvarez a la pena de diez y seis años dos meses y veintiún días de presidio, y nueve años de relegación en una colonia penal; y a Pedro P. Salcedo, a la de nueve años y tres meses de presidio, y tres años de relegación en una colonia penal, con aplicación de los artículos 795, 796 del Código Penal; 2º, Ley 60 de 1911, y 2º, Ley 105 de 1922, previa calificación de la delincuencia en segundo grado, y condenándolos en calidad de reincidentes, con aplicación del artículo 142 del Código Penal.

El Tribunal Superior, en sentencia del cuatro de junio de mil novecientos treinta, reformó la de primera instancia, en el sentido de condenar a Emeterio Alvarez a la pena principal de quince años y veintiún días de presidio y a Pedro P. Salcedo a la de ocho años de presidio, por no considerar aplicable al caso el artículo 2º de la Ley 105 de 1922, y después de corregir algún error aritmético en que incurriera el Juez al hacer el cómputo de las penas. Y confirmó el fallo de primera instancia en todo lo demás.

Oportunamente los procesados interpusieron recurso de casación, invocando las causales 1ª y 3ª del artículo 3º, Ley 78 de 1923, en escrito admisible para estudio de fondo.

Sustentan la causal 1ª, así:

"Se ha violado el artículo 44 de la Constitución, en relación con el 45 de la misma, porque se ha interpretado mal la ley penal; pues es sabido que la disposición penal favorable o permisiva se aplica de preferencia a la odiosa o restrictiva, aunque aquélla sea posterior al tiempo en que se cometió el delito; y lo que es más, que esta regla favorece a los reos, aunque ya estén sufriendo condena. En la sentencia recurrida, en el supuesto de ser reincidentes, se nos ha aplicado el aumento de la pena teniendo en cuenta el artículo 142 del Código Penal y sus concordantes, debiendo aplicarse, de acuerdo con la disposición arriba citada, la Ley 105 de 1922, por cuanto es favorable o permisiva. Consideramos menos grave la pena de relegación a una colonia penal, que la de presidio, a que se refiere la sentencia. Tenemos derecho a invocar la Ley aludida y a acogernos a sus prescripciones; y no se puede sostener que al tiempo de cometerse el delito no regía la Ley 105 del 22, o que no es aplicable, según el artículo 9º de la misma, porque esta disposición lo que dice es que el delito cometido antes de la vigencia de la mentada Ley, no engendra reincidencia, sino que la reincidencia surge cuando el delito es posterior a la vigencia; de donde se infiere un poderoso argumento, que consiste en que no es aplicable la pena de reincidencia, en nuestro caso, por ser el delito anterior. Se ve que la nueva ley quiso suprimir la pena de reincidencia a que se refiere la ley sustantiva; ese es el sentido del artículo 9º aludido.

"De manera que se ha aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar; no es aplicable el artículo 142 del Código Penal y sus concordantes, sino la Ley 105 de 1922."

Para resolver, se considera:

Debidamente comprobado aparece en el proceso que Emeterio Alvarez es reincidente por tercera vez en delitos contra la propiedad, y que Pedro P. Salcedo es reincidente por primera vez en la misma clase de delitos. Sobre esta base, y teniendo en cuenta que el delito que se juzga en el presente proceso se cometió en el mes de mayo de mil novecientos veintiséis, y que el sistema del Código Penal en lo que respecta a las sanciones aplicables a la reincidencia fue reformado por la Ley 105 de 1922 en lo relativo a los delitos contra la propiedad, resulta justificada la primera causal de casación, en cuanto el Tribunal Superior no dio aplicación a dicha Ley 105.

Efectivamente, en la sentencia recurrida se dice:

"Estas reincidencias deben sancionarse con los aumentos de pena indicados en el artículo siguiente, 142 (del Código Penal), porque, aun cuando la Ley 105 de 1922 reformó la materia y sustituyó las penas impuestas en el Código, en su artículo 9º se dispone expresamente que no es aplicable dicha Ley sino a los delitos cometidos antes (sic) de su vigencia, lo que quiere decir que las reincidencias por delitos anteriores al veintitrés de febrero de mil novecientos veintitrés, fecha de su promulgación, deben regirse por las reglas del Código Penal."

Sin lugar a duda, este párrafo contiene una errónea interpretación del artículo 9º, que allí se cita, y que dispone lo siguiente:

"No dará lugar a la reincidencia, para la aplicación de esta Ley, sino el delito cometido con posterioridad a la vigencia de ésta."

Y desde luégo que el hurto materia del presente juicio fue consumado con posterioridad a la vigencia de la Ley de que se trata, o sea en mayo de mil novecientos veintiséis, y que este delito es el que determina la existencia de la tercera reincidencia respecto de Alvarez, y la primera con relación a Salcedo, clara es la conclusión de que el Tribunal debió aplicar al caso de autos el artículo 2º de la Ley 105 de 1922, y no el 142 y sus concordantes del Código Penal, para hacer el cómputo del aumento que a la reincidencia corresponde.

Por consiguiente, conservando la calificación de la delincuencia en segundo grado, como la hizo el Tribunal, por no haber sido esta cuestión materia del recurso, fuera de la pena de cuatro años y tres meses de presidio que es aplicable a cada uno de los procesados por el delito que ahora se juzga, a Emeterio Alvarez le corresponden, por la tercera reincidencia, nueve años de relegación en una colonia penal, y a Pedro P. Salcedo, tres años de la misma pena, por la primera reincidencia, y en tal sentido se justifica la casación de la sentencia dada por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo.

Con respecto a la causal 3ª, alegan los recurrentes que el fallo recurrido no está de acuerdo con los cargos formulados en el enjuiciamiento, pues, dicen, que allí no se les llamó a responder en calidad de reincidentes. Pero si se observa que la reincidencia no es una circunstancia de agravación específica, esto es, que haga variar de naturaleza el delito de que se trata, y que por lo mismo corresponde al Juez apreciarla en la sentencia, resulta infundado el reparo, y con mayor razón si se tiene en cuenta que, en realidad, el auto de proceder alude a aquella circunstancia.

La casación se justifica, pues, sólo por la causal 1ª

Como se observa en el mismo fallo del Tribunal, que están sin cumplir algunas penas por delitos anteriores cometidos por Emeterio Alvarez, y que de ello puede re-

sultar como responsable algún funcionario, debe investigarse esto y ordenar que se cumplan las penas a que se alude.

Por lo expesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Emeterio Alvarez, como responsable en segundo grado del delito de hurto de ganado mayor, y como reincidente por tercera vez, a cuatro años y tres meses de presidio y nueve años de relegación en una colonia penal y agrícola, que serán cumplidos en los establecimientos de castigo que para cada pena designe el Gobierno.

Condénase a Pedro P. Salcedo, como responsable en segundo grado del delito de hurto de ganado mayor, y como reincidente por primera vez, a cuatro años y tres meses de presidio y tres años de relegación en una colonia penal y agrícola, que serán cumplidos en los establecimientos de castigo que para cada pena designe el Gobierno.

Por quien corresponda procédase a dar ejecución a las sentencias condenatorias proferidas en juicios anteriores contra Emeterio Alvarez, en la parte en que aún no estuvieren cumplidas. Y sáquese copia de lo conducente para averiguar la responsabilidad en que hayan incurrido los funcionarios encargados del cumplimiento de aquellas mismas sentencias.

En lo demás, queda firme la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que ha sido materia del recurso.

Notifíquese, cópiese, cúmplase, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, catorce de marzo de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Por Decreto ejecutivo número 1248, del 20 de junio de 1919, que en copia auténtica obra a folios 5, cuaderno 2º, el señor Fabriciano Vélez Posada recibió el nombramiento de Cónsul de Colombia en San Juan de Puerto Rico, cargo que desempeñó desde el día primero de octubre del mismo año hasta el mes de septiembre de mil novecientos veintitrés. Durante este tiempo Vélez Posada recaudó todos los impuestos y derechos correspondientes, mas no rindió sus cuentas, como era su deber, al Consulado de Colombia en la ciudad de Nueva York, y, en consecuencia, el Ministerio de Relaciones Exteriores se vio en el caso de ordenar al Visitador General de Consulados, señor Santiago Rozo, la práctica de una visita, que principió el diez de enero de mil novecientos veinticuatro, en que le dedujo un alcance que el Consulado de Colombia en Nueva York liquidó en la cantidad de cuatro mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos.

Esta Oficina concretó el alcance así:

"Copia del asiento de la cuenta del diez de julio de mil novecientos veinticuatro, relativo al alcance declarado al Consulado de San Juan de Puerto Rico:

"Julio 11. Suma que se deduce como alcance al señor Fabriciano Vélez Posada, Cónsul de Colombia en San Juan de Puerto Rico, por saldos líquidos a favor del Tesoro Nacional por producido del Consulado, de octubre de 1919 a septiembre de 1923, según cuadro.. .. ..$ 4,447 ..

Resumen de la cuenta del señor Vélez

"Producido del Consulado de San Juan de Puerto Rico, de octubre de 1919 a septiembre de 1923, según cuadro.. .. ..$	5,298 74	
"Por venta de timbre nacional...	6 ..	
"Porcientajes que le corresponden, así:		
"Octubre de 1919.. .. ..$	.... ..	109 80
"En 1920, así:		
"Febrero..	.... ..	114 90
"Abril..	.... ..	53 09
"Marzo...	.... ..	2 25
"Agosto..	.... ..	115 33
"Octubre..	.... ..	131 41
"Noviembre..	.... ..	100 30
"Diciembre..	.... ..	68 49
"En 1921, así:		
"Marzo..	.... ..	103 74
"Febrero de 1922..	.... ..	27 25
"Septiembre de 1923..	.... ..	11 20
"Suma.. .. ..$	.... ..	837 76
"Cables oficiales..	.... ..	19 98
"Suma que se eleva a cargo	.... ..	4,447 ..
"Iguales.. .. ..$	5,304 74	5,304 74"

"Es fiel copia.

"El Cónsul de Colombia en Nueva York,

"(Firmado), **Andrés Gómez H.**

"Agosto diez de mil novecientos veintiocho."

Este alcance, después de inútiles requerimientos para el reintegro, se le notificó personalmente a Vélez Posada por medio de Notario en la ciudad de San Juan. El responsable no ha dado explicaciones de ninguna clase, ni ha presentado descargo alguno; y antes bien, rotundamente se negó a contestar el interrogatorio que se le envió al comisionado para recibirle declaración indagatoria, y se negó también a poner su firma al pie de la respectiva diligencia. Y como además el mismo Cónsul Vélez Posada, en el extracto de la cuenta de revisión del Consulado, hecho en la diligencia de visita practicada el ocho de mayo de mil novecientos veinticuatro por el Visitador Fiscal (cuadro que obra al folio 9º, cuaderno 3º), dice bajo su firma:

"Estoy completamente imposibilitado para hacer el reintegro del alcance que se me señala, y avisaré al señor Ministro de Relaciones cuándo estaré en posibilidad de hacer esa devolución. Además, creo que tengo derecho al 50 por 100 del producido, y se me ha deducido un alcance mayor del que me corresponde.

"(Firmado), **Fabriciano Vélez Posada**"

Es clara la confesión que allí hace, de haber dispuesto de los fondos del Consulado, que debía tener en caja o en depósito, en forma de poderlos presentar en el acto del requerimiento; pues no da allí explicación alguna del motivo o razón por la cual está completamente imposibilitado para hacer el reintegro.

Ahora bien: como respecto a las diferencias a su favor, en razón del porcientaje que alega en el pasaje transcrito, se ha limitado a esa simple afirmación, que en manera alguna ha intentado probar como era del caso, y antes bien, aparece en la liquidación que hizo el Consulado de Nueva York (transcrita al principio), que si se le reconocieron y abonaron, mes por mes, los porcientajes respectivos, no es exacto el que se le haya deducido un alcance mayor del que corresponde. Y aun en el supuesto de que hubiera ocurrido a este respecto alguna diferencia o error de cuenta, siempre quedaría en pie el cargo confesado de haber dispuesto, en parte, a lo menos, de los fondos nacionales que manejaba.

Consultado, además, el Departamento Nacional de Contraloría acerca del estado o situación, de la cuenta del Consulado de San Juan de Puerto Rico, a cargo de Vélez Posada, y sobre reintegros o consignaciones que este señor haya hecho, informó lo siguiente:

"Este Departamento administrativo ha estudiado hasta el treinta y uno de enero de mil novecientos veintiocho las cuentas del Consulado General de Nueva York, en las cuales se incorporan las del de San Juan de Puerto Rico. Esta circunstancia le da fundamento para informar a usted que el señor Fabriciano Vélez Posada, ex-Cónsul de la República en el Puerto últimamente citado, no ha consignado hasta la fecha expresada suma alguna por el alcance que le fue deducido en las cuentas de su responsabilidad, correspondientes a los meses de octubre de mil novecientos diez y nueve a septiembre de mil novecientos veintitrés, y que asciende a $ 4,447."

Llegó a tal extremo el dolo de Vélez Posada y el desgreño en el manejo de la oficina a su cargo, que al hacer la entrega a su sucesor, retuvo papeles y documentos del archivo, los cuales no hay constancia de que hasta la fecha los haya entregado. Esto, pues, le es imputable también, fuera del alcance de que se ha hecho mérito.

Y como el empleado de manejo que hace uso para efectos privados de caudales o efectos pertenecientes a la Hacienda Nacional, incurre en el delito de extravío, usurpación, malversación o mala administración de tales caudales o efectos, es el caso de abrir la correspondiente causa criminal de responsabilidad por los trámites ordinarios contra el señor Fabriciano Vélez Posada, por haber dispuesto de la suma de cuatro mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos ($ 4,447), pertenecientes al Erario Público, y de los papeles y documentos referidos, en ejercicio del cargo de Cónsul en San Juan de Puerto Rico.

La competencia de la Corte para conocer del presente asunto criminal, está fijada por el ordinal 4º, artículo 40, del Código de Organización Judicial, en relación con los artículos 3º, Ley 56 de 1914, y 14, Ley 78 de 1923.

Como el acusado se encuentra en país extranjero, y se llenan los requisitos legales para pedir la extradición, es el caso de pedirla por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a donde se remitirá copia de lo conducente, con la advertencia de que Vélez Posada vive en la calle Allen, número 51, en la ciudad de San Juan de Puerto Rico, según consta de autos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, abre causa criminal de responsabilidad por los trámites ordinarios contra Fabriciano Vélez Posada, en su carácter de Cónsul que fue de Colombia en la ciudad de San Juan de Puerto Rico, desde el primero de octubre de mil novecientos diez y nueve hasta el mes de septiembre de mil novecientos veintitrés, por el delito genérico de "extravío, usurpación, malversación o mala administración de caudales y efectos de la Hacienda Nacional," de que trata el Capítulo I, Título IX, Libro II, del Código Penal. Decrétase la consiguiente prisión del procesado.

Con copia de lo conducente, y con advertencia del actual domicilio del acusado, según se dice en la parte motiva, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores solicítese la extradición del enjuiciado Vélez Posada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y cúmplase.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veinte de marzo de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Los hechos que son materia del presente juicio se hallan relatados por el señor Juez 1º Superior de Manizales en el auto de proceder dictado el cuatro de marzo de mil novecientos treinta, en la siguiente forma:

"En las primeras horas de la mañana del día veinticuatro de diciembre del año pasado (mil novecientos veintinueve), salieron de su casa de habitación, sita en la fracción del **Castillo,** corespondiente al Municipio al principio nombrado (María), ambos de a caballo, los hermanos Antonio José e Isabel Arango, para la población de María, a donde se dirigían.

"Tranquilamente marchaban o andaban su camino, hasta que llegaron al punto denominado **La Quiebra,** perteneciente a dicha población, donde está situada la casa que habitaba Ramón Chica, quien, sin duda, se dio cuenta de la presencia por esas cercanías de los Arango, porque al pasar éstos por su casa salió armado de revólver, y sin antecedente alguno conocido ni motivo siquiera aparente que a ello lo impeliera, siguió a Antonio José hasta darle alcance, e incontinenti, y sin decir palabra, empezó a disparar contra él su revólver, por detrás, y cuando éste aún marchaba caballero en su cabalgadura.

"Arango al verse de esa manera imprevista e inesperada atacado, y al oír los primeros disparos volvió riendas, y dándole el frente a su gratuito agresor, recibió de éste un balazo, con el cual fue mortalmente herido en el pecho, porque apenas tuvo tiempo de arrimar en la bestia cerca de donde su hermana estaba, apearse, lanzar un ¡ay! y caer muerto.

"Esta es, a grandes rasgos, la historia que la citada testigo presencial, Isabel Arango, hace en su declaración de folios 3 a 4, la cual corroboran o confirman perfectamente los testimonios de Elisenia Muñoz y Melania Giraldo (folios 21 vuelto a 23), y la confesión extrajudicial de que habla el certificado de folio 71 f., y los testigos Juan B. Ceballos, Antonio Alvarez y Tobías Osorio (71 a 73 f.)."

El enjuiciamiento fue confirmado por el Tribunal, con fecha nueve de abril del mismo año, y adelantada la causa, al Jurado que intervino se le sometió la siguiente cuestión:

"¿El acusado Ramón Antonio Chica es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Antonio José

Arango, por medio de una herida que le abrió con proyectil de arma de fuego, hecho que ejecutó en la fracción de **El Castillo**, perteneciente al Municipio de María, el día veinticuatro de diciembre de mil novecientos veintinueve?"

El Jurado contestó: "**Sí.**"

Agotada la tramitación de la primera instancia, el señor Juez Superior, en sentencia del primero de agosto del año próximo pasado, condenó a Chica como responsable en tercer grado de homicidio voluntario, pero con el aumento corespondiente a una reincidencia, a la pena total de nueve años, nueve meses y quince días de presidio, fallo que el Tribunal confirmó en primero de octubre siguiente.

En oportunidad el defensor del procesado interpuso recurso de casación, con apoyo en la causal primera, en escrito en donde se lee:

"Los fundamentos del recurso consisten en ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por interpretación (sic) de la misma ley al caso contemplado en la causa, así como también por evidente error de hecho y de derecho en la apreciación de la confesión hecha en la propia audiencia por el procesado, como también respecto de la apreciación del testimonio de la testigo Isabel Arango V., hermana del occiso.

"Según principios admitidos universalmente, la confesión debe admitirse e interpretarse de manera total, es decir, tanto en lo que aprovecha como en lo que perjudica.

"Ramón Chica confesó el hecho, agregando circunstancias en su favor, cuya prueba era de todo punto imposible traer a los autos, para cumplir lo dispuesto por el artículo 1664 del Código Judicial, ya que no hubo más testigo presencial inmediato que Isabel Arango V., hermana del muerto.

"La apreciación de esa confesión correspondía al Juez de derecho y no al Jurado, según el artículo 304 de la Ley 57 de 1887, y de acuerdo con ella ha debido aplicarse la pena al procesado, señalada por el artículo 604 del Código Penal.

"De manera, pues, que el dejar a la apreciación del Jurado la confesión hecha por Ramón Chica, para aplicarle la pena que trae la sentencia materia de este recurso, entraña violación sustantiva de la ley penal, en cuanto no se aplicó la pena de que trata el artículo 604 del Código Penal precitado.

" El hecho de no haber estimado el Juez de derecho la falta de imparcialidad de que adolece la testigo Isabel Arango V., en su condición de hermana legítima de Antonio José Arango, para dar a la confesión del procesado todo el valor que la ley le asigna, constituye un error evidente en la apreciación de esas pruebas, imputable a quien la ley asigna la apreciación de ellas, o sea al Juez de derecho. Y puesto que según el artículo 304 de la Ley 57 de 1887, los Jurados no condenan ni absuelven, ni tienen el deber de apreciar las pruebas, habiéndose dictado la sentencia contra Ramón Chica con violación del artículo 604 del Código Penal y del 304 de la Ley 57 de 1887, la sentencia debe infirmarse por tal concepto."

Surtida la tramitación correspondiente al recurso, es el caso de resolver, y se considera:

Aunque la demanda no determina el número de la causal que invoca, se comprende sin lugar a duda que se trata de la primera de las enumeradas por el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, pues allí se afirma que hubo violación de la ley sustantiva, y se determina la disposición legal que en concepto del recurrente ha debido aplicarse. Es, pues, el caso de estudiar el recurso en el fondo.

El mismo artículo 304 de la Ley 57 de 1887, que en su apoyo cita el recurrente, atribuye al Jurado el carácter de Juez de hecho desligado de la tarifa legal de pruebas. No condena ni absuelve, pero sí declara o niega la responsabilidad del acusado, da la pauta al Juez de derecho para condenar o absolver, a menos que el veredicto adolezca de injusticia notoria.

En el caso de autos, la respuesta categóricamente afirmativa sobre una pregunta en que se contempla un homicidio voluntario sin atenuación especial, no permite la aplicación del artículo 604, porque, como lo ha venido sosteniendo la Corte en numerosos fallos, es preciso que el veredicto declare en alguna forma los elementos de hecho a que se refieren disposiciones especiales que atenúan la responsabilidad por homicidio voluntario, como la del artículo 604, para que ellas vengan a ser las aplicables.

Y no es esto lo que sucede con el veredicto pronunciado en esta causa: el Jurado pura y simplemente afirmó la responsabilidad que el Juez de derecho estimó ser la de homicidio simplemente voluntario en los casos generales que sanciona el artículo 600 con la pena de seis a doce años de presidio, por cuanto tal veredicto de ninguna manera contiene las circunstancias de hecho que el artículo 604 tiene en consideración para atenuar de modo especial el homicidio.

Ni podía el Tribunal desechar el veredicto o modificarlo con el pretexto de fijar el valor y alcance de determinadas pruebas, sin menoscabar o usurpar las atribuciones del Jurado; pues habiéndose proferido el veredicto sin sujeción a la tarifa legal, le estaba vedado al Juez de derecho desconocer estos principios para sujetar su fallo a normas distintas. Puede y debe el Juez de derecho examinar las pruebas y valorarlas para sustentar una declaración de injusticia notoria del veredicto, pero de esto no se trata en el asunto que se estudia, ni habría materia para una decisión semejante.

No están, pues, demostrados los reparos a la sentencia.

Y en tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que ha sido materia del recurso.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado de calificación, convocado y reunido para decidir de la presente causa, se le propuso el siguiente cuestionario de acuerdo con el auto de proceder:

"¿El acusado Sergio García L. es responsable de haberle dado muerte instantáneamente a Pablo Emilio García, a consecuencia de una herida que, con proyectil de

revólver, le causó a nivel del párpado inferior del ojo derecho, proyectil que penetró en dicha región hasta la masa cerebral; hecho que tuvo lugar a eso de las once de la mañana del día diez y siete de octubre de mil novecientos veinticinco, en una de las calles de la población del Carmen (Norte de Santander); y en su ejecución procedió el acusado García L. voluntariamente, con intención de matar y con premeditación?"

"¿El acusado Sergio García L. cometió el hecho que se menciona en la cuestión principal anterior, con las siguientes circunstancias, o alguna o parte de ellas, a saber: con alevosía o a traición y sobreseguro; ya sorprendiendo descuidada, indefensa o desapercibida a la víctima; o ya usando cualquiera otro artificio para cometer el delito con seguridad o para quitar la defensa al acometido?"

El Jurado contestó de manera absolutamente negativa la segunda de las cuestiones transcritas. A la primera respondió así:

"Sí, sin premeditación, mediando alguna provocación por parte del occiso."

Sobre este veredicto pronunció su sentencia de fecha veintisiete de febrero del año pasado, el Juzgado 2º Superior de Pamplona, considerando el homicidio como cometido en una de las circunstancias a que se refiere el numeral 1º del artículo 587 del Código Penal, sin atenuación especial alguna, y dando aplicación al artículo 600 de la misma obra, calificada la delincuencia del encausado en el menor grado. En esa virtud condenó a García L. a la pena principal de seis años de presidio y las correspondientes incorporales accesorias.

Consultada la sentencia con el Tribunal Superior respectivo, éste, con fecha primero de septiembre postrero, la reformó en el sentido de calificar la delincuencia del procesado en segundo grado, condenándolo, en consecuencia, a la pena de nueve años de presidio.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso el defensor del sentenciado recurso de casación, el cual le fue concedido, y remitido el proceso a esta Corte, en donde, surtida la tramitación que le es propia, debe entrar a resolverse lo que fuere legal, advirtiendo que durante el traslado en este Despacho no se presentó nueva alegación por parte del recurrente.

Como fundamento de la casación interpuesta, el defensor del sentenciado dice:

"Apoyo este recurso en la causal primera del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, porque se aplicó a mi defendido la pena señalada en el artículo 600 del Código Penal, en lugar de la del artículo 602 ibidem, que se aviene mejor a los términos del veredicto y a las pruebas del proceso; y también por errónea interpretación del artículo 123 del Código Penal, en cuanto se calificó en segundo grado el delito, y no en tercero, como es lo legal.

"Acuso, pues, dos causales para este recurso: primera, que se aplicó en la pena una disposición distinta de la que ha debido aplicarse; segunda, que se interpretó erróneamente el artículo 123 del Código Penal. Brevemente expondré en seguida las razones en que apoyo estas causales:

El resumen de lo alegado en seguida por el recurrente, sobre la primera causal invocada, es este:

Que los Jueces de hecho, al emplear la frase "mediante alguna provocación," quisieron expresar que el hecho se realizó a causa o por razón de una provocación que al homicida le hizo el que murió, y que aun cuando no expresaron cuál fuera esa provocación, ella se deduce de lo que manifiestan los testigos Leopoldo Torres, Pablo Guerrero y otros, o sea que Pablo García, al contestar la despedida de Sergio García, le dijo "adiós, hijo de puta," expresión que motivó el que éste disparara su arma contra aquél. Luégo de alguna otra consideración, agrega el sustentante del recurso que una provocación de esa clase afecta la libertad moral, lo que da margen para estimar un delito así cometido, como de los menos graves. Para reforzar esta tesis, cita algunos conceptos del tratadista Silvela. Y resume luégo sus puntos de vista al respecto, así:

"El veredicto reconoce que el homicidio fue causado por una provocación del que murió; en el proceso está probado que esa provocación fue de las más graves que se puedan hacer a una persona; este homicidio está definido como simplemente voluntario en el artículo 587, ordinal 1º, y su pena está señalada en el artículo 602 del Código Penal.

"Luego al aplicar, como fue aplicada, la pena del artículo 600 del mismo Código, hubo error de derecho, y se aplicó una disposición distinta de la que correspondía aplicar."

Para decidir acerca de la primera causal invocada, se considera:

Si bien es verdad que el Jurado en su veredicto manifestó que el hecho ejecutado por el encausado se había cometido mediante alguna provocación por parte del muerto, no es menos cierto que la respuesta afirmativa, dada en esa forma, es sobremodo abstracta, y no puede decirse que se refiera a la provocación a que alude el recurrente, porque si tal hubiera sido el intento del Jurado, fácilmente hubiera podido decirlo de manera clara y nítida. Ahora bien: un homicidio como el que trata el veredicto de los Jueces de conciencia, queda indefectiblemente comprendido dentro de uno de los casos que contempla el numeral 1º del artículo 587 del Código Penal, al cual corresponde la penalidad de que habla el artículo 600 del mismo Código, pues se trata de un homicidio simplemente voluntario, según el propio veredicto, ya que de éste no se desprende la circunstancia de que sea uno de los casos previstos en alguna disposición especial.

"Verdad es, como lo expresa el señor Procurador, que el inciso 2º del artículo 602 dice que se aplicará la pena de tres a seis años de reclusión a los delitos que, a juicio del Juez, sean menos graves, entre los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587; pero, claro está, para llegar a ese resultado es preciso que el Juez haya formado juicio favorable al concepto de que el delito de que se trata es de los menos graves, jucio que naturalmente se basa en determinadas circunstancias comprobadas en el proceso; y aquí no resulta tal cosa, ya que el Juez a quo consideró que la modificación introducida por el Jurado no incluyó el concepto de que la provocación se verificó en el acto mismo en que el provocado reaccionó y causó la muerte al provocador, y ya que el Tribunal expone en la sentencia recurrida lo siguiente:

'El delito imputado a García L. es, como se sostiene en el fallo que se revisa, el de homicidio simplemente voluntario, definido en el artículo 587 del Código Penal, inciso 1º, y castigado en el 600 de allí, con la pena de seis a doce años de presidio. La modificación que contiene el veredicto, al reconocer de una manera vaga que hubo alguna provocación por parte del occiso, no da margen

para enmarcar el caso dentro de alguna disposición especial que atenúe excepcionalmente aquella sanción. El Jurado no reconoció de manera expresa que esa provocación hubiera consistido en la expresión injuriosa que algunos declarantes ponen en labios del agredido a mano armada. Tampoco se calificó la provocación como grave, ni se explicó si ella ocurrió en el acto mismo del homicidio.'"

A lo anterior debe agregarse que ninguno de los testigos a que alude el recurrente fue citado como presencial de los acontecimientos por las personas que declararon a raíz de éstos, sino que, por el contrario, según constancia de autos, algunos de los verdaderos testigos presenciales, tales como Pablo E. Leal M. y Concepción Hernández, al ser interrogados sobre el particular, manifestaron en sus declaraciones (folios 89 vuelto y 90), que no habían visto a tales individuos en el lugar de los sucesos en los precisos momentos en que éstos se desarrollaron.

No hay duda, pues, que ni desde el punto de vista jurídico y legal, ni desde el plano de la realidad de los acontecimientos, tiene razón el recurrente en cuanto a la causal primera alegada.

En lo tocante a la causal segunda, dice el sustentante del recurso:

"Calificó el Tribunal en segundo grado el delito porque—arguye—en el proceso existen datos suficientes que obligan a cargar sobre el reo la agravante de la mala conducta anterior."

Y como prueba de esa mala conducta se aduce una sentencia condenatoria anterior por un homicidio cometido en el acto mismo de recibir graves ofensas del que murió, y algunas copias de resoluciones del Alcalde del Carmen. A esto observo:

"a) El homicidio cometido en las circunstancias en que lo fue, no es prueba de mala conducta ni de peligrosidad. Ante una ofensa de aquella naturaleza puede incurrir en pecado hasta el más santo. Prueba de mala conducta será la violación constante del derecho ajeno; y el homicidio cometido en virtud de una provocación inesperada y repentina contra el honor, no constituye sino una reacción, a veces inconsciente, en defensa del derecho propio.

"Las copias enviadas por el Alcalde del Carmen son apócrifas. Lo que fácilmente se comprende, al observar que no están firmadas por Sergio García. Todo documento de fianza, extendido en las oficinas públicas, debe llevar las firmas del fiado y del fiador. Como lo sabe muy bien el Tribunal. Por parte del Alcalde del Carmen había grande interés en que fuera condenado Sergio García. Ese estado de ánimo fue el que dio nacimiento a las resoluciones apócrifas en que el Tribunal pretende fundar la mala conducta."

Sin entrar en consideraciones sobre lo que en seguida expresa el recurrente, relativo al número de circunstancias requeridas para la calificación en segundo grado, porque en el caso presente es innecesario hacer apreciaciones al respecto, la Sala sí se permite observar que en lo que concierne a la mala conducta anterior del acusado no existe en los autos prueba irrefragable.

En efecto, esa mala conducta no es estrictamente lógico deducirla de la sentencia pronunciada contra el acusado con motivo del homicidio cometido en la persona de Eligio Garay, en la ciudad de Ocaña, porque, como bien puede verse allí mismo, ese delito se consideró como uno de los menos graves en la escala penal, situación jurídica que entonces favoreció al procesado, y que no es justo ahora tenerla en cuenta para reagravarle la sanción que le corresponde para el homicidio de que aquí se trata.

Cuanto a las copias de los sumarios, resoluciones de policía y cauciones de fianza a cargo del acusado, que se aducen en la sentencia recurrida, para fijar la mala conducta anterior, es indudable que las tachas del recurrente en ese punto, tachas que se han transcrito, no aparecen desvanecidas, y sí más bien justificadas, porque faltan, ciertamente, los requisitos apuntados por él para tenerlas como auténticas; al menos eso pasa en lo referente a las cauciones o fianzas, porque en lo atañadero a los sumarios, dizque existentes contra él, es obvio que ellos, por sí solos, no demuestran la mala conducta anterior. En todo caso, una conducta de esta clase, calificada con tales elementos, hace surgir serias dudas, y es obvio que en esas circunstancias debe resolverse lo que fuere más favorable al acusado. Por este camino opta la Sala, ante las consideraciones que preceden, no compartiendo, por lo mismo, en este particular pareceres contrarios, muy respetables desde luégo.

La calificación debe, pues, hacerse en el menor grado, pero haciéndose uso al propio tiempo de la facultad concedida por el inciso 3º del artículo 124 del Código Penal, para aumentar una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo, porque así lo requiere la gravedad misma del hecho criminoso que se contempla, cometido dentro de inopinadas circunstancias por quien, ya se ha visto, envuelto en un caso de sangre, que si jurídica y legalmente no de la mayor gravedad para ser considerado como suficiente para tener al acusado como de mala conducta, sí bastante para la agravación de la pena, de conformidad con lo permitido por el citado inciso.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente el fallo recurrido, en el sentido de condenar, como en efecto condena, a Sergio García, por el hecho porque fue llamado a juicio, previa calificación de su delincuencia en el menor grado, y con aplicación de los artículos 600 y 123, inciso 3º, del Código Penal, a la pena principal de siete años de presidio. En lo restante, queda en firme la sentencia objeto del recurso.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Al Jurado de calificación, reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Angel María Bernal por los delitos de homicidio y robo, se le presentaron los siguientes cuestionarios, que se transcriben con sus respectivas contestaciones:

"¿El acusado Angel María Bernal es responsable del hecho de haber dado muerte premeditada y voluntariamente a Matilde Jaramillo, por medio de varias heridas causadas con arma punzante y cortante, hecho ejecutado

en la noche comprendida entre el veinticuatro y el veinticinco de julio del año de mil novecientos veintiocho, en el paraje de **La Popa**, del Municipio de Santa Rosa de Cabal?"

El Jurado contestó: "Sí."

"¿El acusado Angel María Bernal cometió el hecho que se menciona en la cuestión principal, con las siguientes circunstancias, o con alguna o algunas o parte de ellas, a saber: con alevosía o a traición y sobreseguro; ya sorprendiendo descuidada, indefensa o desapercibida a la occisa Matilde Jaramillo; ya llevando a ésta con engaño o perfidia al lugar en donde apareció asesinada?"

El Jurado contestó: "Sí."

"¿El acusado Angel María Bernal es responsable del hecho de haber intentado apropiarse de modo fraudulento, haciendo fuerza y violencia a las cosas, varios objetos de propiedad de Lilia Restrepo, que estaban bajo la guarda y cuidado de la occisa Matilde Jaramillo, y que fueron avaluados en la suma de cinco mil pesos oro ($ 5,000), lo que tuvo lugar en la cabecera del Municipio de Pereira, en la noche comprendida entre el veinticuatro y el veinticinco de julio de mil novecientos veintiocho?"

El Jurado contestó: "Sí."

El Juzgado del conocimiento, 2º Superior de Manizales, en desarrollo de ese veredicto, impuso al acusado la pena de veinte años por el homicidio y cuatro años, seis meses, quince días de presidio por la tentativa de robo; sentencia que fue confirmada por el Tribunal respectivo, con fecha septiembre quince de mil novecientos treinta.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el condenado, y como el recurso reúne los requisitos legales, se procede a estudiarlo en el fondo.

Con fundamento en la primera causal de las reconocidas por la Ley 78 de 1923, se alega un primer motivo de casación, así: que habiendo dicho la sentencia acusada, en su parte resolutiva, que la pena de veinte años, impuesta por el asesinato, era fija y sin rebaja alguna, fue tanto como impedir que favoreciera al acusado cualquier rebaja que en el porvenir decretara el Congreso, el cual tenía y tiene la facultad para derogar el artículo 3º de la Ley 54 de 1913; pues esa sentencia, al quedar ejecutoriada, no se puede reformar, y funda la autoridad de cosa juzgada. Con ello, se agrega, se violó el artículo 26 de la Constitución.

Los temores que manifiesta el recurrente de verse privado, en virtud de tal declaración, de las posibles rebajas futuras, como lo anota el señor Procurador, son totalmente infundados. En materia penal la fuerza de la cosa juzgada no es tan severa como en materia civil; su valor es relativo, en el sentido de que puede venir una revisión del proceso, o puede una ley venir a disminuír la pena para determinados delitos o aun quitarles el carácter de tales, ley que tendría efecto retroactivo, y beneficiaría aun a los condenados anteriormente en virtud de sentencias ejecutoriadas, principio consagrado en el artículo 26 de la Constitución, cuando dice:

"En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable."

De suerte que, a pesar de cualquier declaración que en sentido contrario contenga una sentencia, por más ejecutoriada que esté, la Constitución y la misma ley se encargan de hacer prevalecer en todo caso el estado más favorable para los acusados y condenados.

No quiere decir lo anterior que el Tribunal hubiera procedido incorrectamente al hacer la declaración de que se viene hablando, pues esa entidad no hizo sino repetir lo que prescribía el mencionado artículo 3º de la Ley 54 de 1913.

Con fundamento en la misma causal se alega un segundo motivo de casación, así:

Sostiene que se han violado los artículos 5º, 8º, 780 y 785 del Código Penal, porque en el expediente no hay prueba sobre la tentativa de robo porque fue condenado, ni siquiera indicios.

Se considera:

El Jurado, como es bien sabido, no está sometido a tarifa legal de pruebas; en el presente caso el veredicto declaró responsable al acusado de una tentativa de robo, y los jueces de instancia, al condenar por este delito, no hicieron sino cumplir la ley y respetar la decisión del Tribunal de hecho.

Si el Jurado no está ceñido a esta tarifa legal de pruebas, y si ni en las instancias, ni en casación se ha planteado en debida forma lo relativo a la injusticia notoria, la sola afirmación de que no existe prueba acerca de ese delito, resulta extemporánea en este recurso y desprovista de toda justificación. Las tachas presentadas contra la sentencia del Tribunal no tienen, por tanto, el menor fundamento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

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

PARMENIO CARDEÑAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veinte de marzo de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

A los reservistas que prestaron sus servicios en el año de 1928 en el Regimiento **Boyacá** número 12, de guarnición en Pasto, les correspondía el aumento de sueldo decretado por la Ley 62 de 1927; pero por orden superior el Comandante Félix Restrepo Briceño se negó a poner el "es corriente" a los vales que para reclamar tal aumento de sueldo presentaron los interesados, y algunos se marcharon sin hacer ningún reclamo.

Quiso aprovechar estas circunstancias el reservista **Secundino Villota**, para emitir una buena cantidad de tales libranzas giradas contra el Pagador del Regimiento, por valor de $ 48 cada una, o sea la suma correspondiente a cada uno de los reservistas por aumento de sueldo, y a tal fin las extendió fingiendo no sólo la firma del respectivo interesado sino también la del Comandante Restrepo Briceño, para que aparecieran con el "es corriente."

De estas libranzas adulteradas, Villota vendió siete a la señora Jael Córdoba viuda de Ordóñez, por la suma

de noventa y ocho pesos, operación que realizó en agosto de 1928. Y más tarde, el 13 de diciembre del mismo año, envió un comisionado suyo a donde la expresada señora con el propósito de venderle otras cuantas libranzas. Pero como la señora dudara de la autenticidad y validez de tales papeles, los hizo examinar por el Comandante Restrepo Briceño, quien no reconoció sus firmas y Villota fue preso por las autoridades.

En 22 de noviembre de 1919 el Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Pasto llamó a responder en juicio criminal a Secundino Villota por catorce delitos de falsedad en documentos privados, y seis de uso de los mismos documentos; pero el Tribunal Superior, al conocer de la apelación que se interpuso, reformó el auto de proceder en el sentido de revocar el llamamiento a juicio por los seis delitos de uso de documentos falsos, declarando en su lugar haber mérito para llamar a juicio por estafa, y confirmando al propio tiempo el enjuiciamiento por catorce delitos de falsedad en documentos privados.

Sobre las preguntas relativas a los delitos de falsedad y a la estafa de que fue víctima la señora Córdoba de Ordóñez, profirió el Jurado su veredicto pura y simplemente afirmativo, por lo cual el Juez condenó al procesado, con fecha 2 de julio de 1930, a sufrir las penas de veinte años de presidio y cinco de reclusión, previa calificación de la delincuencia en tercer grado y con aplicación de los artículos 366, 820 y 821 del Código Penal, fallo éste que el Tribunal confirmó en su sentencia del 1º de agosto siguiente.

En la oportunidad debida el defensor del sentenciado interpuso recurso de casación invocando la causal 1ª del artículo 3º, Ley 78 de 1923, en demanda que es admisible para estudio de fondo, el que procede a hacerse, surtida como está la tramitación que corresponde.

Después de alegar que el artículo 820 del Código Penal, en relación con el 821, ibídem, son las únicas disposiciones aplicables, el recurrente continúa así:

"El honorable Tribunal tiene como base de su fallo: 'Tramitada la causa, y acatado el veredicto afirmativo del Jurado de calificación respecto de la responsabilidad de Villota, como autor de la falsificación de los catorce documentos privados de que se ha hecho mérito y de la estafa de noventa y ocho pesos, que mediante engaño sacó a la señora Jael Córdoba viuda de Ordóñez, el señor Juez del conocimiento, previa calificación de la delincuencia.... y con aplicación del artículo 366 del Código Penal, catorce veces violado; de los artículos 820 y 821 en relación con el delito de estafa, condenó a Secundino Villota a sufrir la pena de veinte años de presidio y cinco de reclusión. Los catorce delitos de falsedad por los que se ha condenado a Villota aparecen plenamente constituídos, ya que no es esencial que se realice o consume el perjuicio de terceros sino que es suficiente la intención de causarlo, intención que aparece de manifiesto dada la naturaleza de los documentos fingidos.'

"Existe en este caso un delito contra la propiedad: estafa, pero no existe propiamente delito contra la fe pública; en efecto, está admitido por todos los expositores de derecho y por la jurisprudencia nacional, que 'falsedad es la adulteración de la verdad en un escrito en lo referente a hechos que éste debía probar, siempre que la alteración pueda causar un perjuicio y que se cometa con intención criminosa.' De acuerdo con esta definición, en la que de manera precisa se determinan los elementos constitutivos del delito de falsedad, si falta alguno de ellos, es lógico, es consecuente y de estricta justicia que no se impute a un individuo tal delito.

"En el presente caso el mismo honorable Tribunal da por admitido:

"1º Que contra la señora Córdoba viuda de Ordóñez únicamente se cometió por Villota un delito de estafa;

"2º Que contra el Contador del Regimiento de Boyacá número 12, únicamente se podía cometer el perjuicio, cuando dice: "no es esencial que se realice o consume el perjuicio de terceros"; y

"3º Que Villota es responsable de los delitos de falsedad, porque sólo tuvo la intención de causar el perjuicio a dicho Contador; 'intención—dice—que aparece de manifiesto, dada la naturaleza de los documentos fingidos.'

"Si la intención de Villota se la deduce de la naturaleza de los documentos, igualmente aparece de manifiesto que dichos documentos en sí no tienen la fuerza ni la virtualidad requerida para ser considerados como auténticos y que bajo este carácter hubieran sido pagados. Para llegar a este convencimiento basta tener en cuenta que Villota no se presentó ante el Contador del Regimiento con dichos papeles, porque él sabía que este empleado, no sólo no los pagaría, sino que por ser manifiesto el engaño, el artificio empleado, lo hubiera entregado a la justicia; y prueba ostensible una vez más de que su intención fue de estafar únicamente a la señora Córdoba viuda de Ordóñez, nos lo dice el hecho por demás evidente de que habiendo conseguido por primera vez la suma de noventa y ocho pesos por medio de las seis primeras letras, volvió, no él, sino por conducto de Juan Narváez, con mayor número de papeles. Prueba de que el delito de falsedad en relación con el perjuicio al Contador del Regimiento era aun imposible, nos lo dice este mismo en su exposición rendida el día de la audiencia pública, folios 143: 'Es verdad que la Ley 62 de 1927 decretó el aumento de sueldo a los reservistas que prestaron sus servicios en el Regimiento Boyacá número 12, en el año de 1928; mas dicha ley no tuvo en ese entonces, como tampoco hasta el presente, efectividad, porque no se apropió la partida correspondiente en el presupuesto de aquel año y de los siguientes; y porque, aun dado el supuesto de la provisión de fondos, era indispensable elevar un memorial de solicitud al señor Ministro para que éste ordene el pago (sic) asimismo asevera: 'por medio de estos documentos (se le puso de presente (sic) los documentos), no podía haber verificado el pago por varias razones: 1º, necesítase el recibo original de la persona acreedora del Tesoro por sus servicios prestados en el Batallón Boyacá, para el pago del aumento de sueldo; 2º, por faltar la ordenación expresa del señor Ministro de Gobierno, según el memorial respectivo, el cual se acompaña original a la cuenta; 3º, por faltarles el sello y visto bueno con el debido registro del Comandante de la Unidad,' y concluye categóricamente: 'a mí como Contador del Batallón Boyacá número 12, no me causaban ningún perjuicio.'

.....

"Lo único que aparece de cierto y manifiesto es que Villota se valió como medio de esos papeles para cometer el delito de estafa contra la señora Jael Córdoba viuda de Ordóñez, y la falsificación de ellos queda comprendida en los artificios, engaños, práctica supersticiosa u

otro embuste semejante que menciona el artículo 820 del Código Penal; pero dichos actos no alcanzan a merecer la calificación o denominación de delitos de falsedad para que se les aplique el artículo 366 del mismo Código."

Para resolver, se considera:

Cuando el artificio empleado para consumar la estafa constituye al autor como responsable de falsedad u otro delito, este delito medio se castiga independientemente de la estafa, que es el delito fin, según lo tiene dispuesto el artículo 820 del Código Penal.

La mutación o alteración de la verdad que llevó a cabo Villota en las ya mencionadas libranzas, reúne en sí todos los elementos de la falsedad punible: no sólo se fingió con espíritu de imitación bien destacado la firma del Comandante del cuerpo de tropas, sino la del respectivo reservista; se les dieron a esos papeles caracteres de aparente validez y autenticidad, y con la adulteración se causó perjuicio a tercera persona.

Este elemento del daño no es, como lo sostiene la demanda de casación, únicamente el que hubiera podido causarse al Contador del Batallón, contra quien iban giradas las libranzas, sino el derivado de la mutación de la verdad, cualquiera que sea la persona que lo reciba. El perjuicio es, pues, en el presente caso, el causado a la señora viuda de Ordóñez, víctima de la estafa, y respecto al Contador, basta la intención manifiesta de consumarlo. Y si, como queda visto, el castigo del delito fin no excluye el correspondiente al medio empleado, en su calidad de un delito distinto, cabe legal y justamente aplicar a Villota la pena de la falsedad.

Pero no es el caso de considerar, como lo estimó el sentenciador, la existencia de catorce delitos de falsedad en documentos privados, puesto que si se examinan las circunstancias del hecho realizado por Villota, para determinar su verdadera significación y alcance, se encuentra que si bien fueron varias las firmas y libranzas falsificadas, la alteración de la verdad se hizo para llevar a efecto una misma intención o propósito, como fue el de fraguar el artificio de que se valió el agente para consumar la estafa. Por lo mismo, la pluralidad no es sino aparente, y en el fondo sólo hay un delito de falsedad.

Ya la Corte, con fecha diez de noviembre próximo pasado, al fallar la casación interpuesta por A. Cardenio Santacruz contra la sentencia condenatoria del Tribunal de Pasto, caso muy análogo al presente, tuvo oportunidad de decir:

"Pero tanto el juzgador de primera como de segunda instancia han considerado la falsificación de esos escritos, con los cuales se obtuvo la entrega, por parte de la Casa Zarama y Compañía, de determinada cantidad de dinero, como delitos distintos, constituídos por cada telegrama y recibo. En ese concepto se le dedujeron en el correspondiente auto de proceder seis delitos de falsedad en documentos oficiales y públicos y así se propusieron al Jurado en las cuestiones aludidas, que fueron contestadas afirmativamente. Pero es el caso que examinando y analizando las circunstancias en que el hecho o hechos fueron realizados y la manera como se desarrollaron, se viene en conocimiento de que se trata no de acciones delictuosas distintas sino de una acción delictuosa continuada.

"En efecto, la falsificación documentaria constituye delito continuado cuando se alteran o contrahacen diversos documentos con la misma intención delictuosa, pues aunque en apariencia se vea que hay varios delitos llevados a término por un solo sujeto, realmente la homogeneidad de ellos puede hacer que constituyan un mero hecho punible. En este sentido, tratadistas como Pessina se expresan así:

'El delito continuado es una repetición de actos criminosos constitutivos de delito y distintos entre sí, pero unidos en una sola conciencia delincuente, porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso...'

"Y Mittermaier manifiesta:

'La continuación de un delito presupone una pluralidad de actos que se han cometido en tiempos diversos; pero que atendida la especie de determinación de la voluntad que está en el fondo de los mismos, forman un todo jurídico, de tal modo, que únicamente puede admitirse un solo delito. El reconocimiento de un delito continuado no depende, ni de que los varios actos se cometan contra la misma persona o con relación a la misma cosa, ni de que se hallen en una relación causal, ya sea de medio a fin, ya de causa a efecto, ni mucho menos de que alguno realice un propósito común dirigido a un fin dado ni, por último, de que las varias acciones se practiquen en virtud de una determinada condición. El verdadero criterio del delito continuado sólo puede hallarse en la unidad del propósito y del hecho, de tal modo que las varias acciones punibles aparezcan como ejecución de un solo hecho, y a la vez como manifestación de la unidad de propósito.' "

El propósito de Villota, claramente manifestado, fué, según queda visto atrás, el de consumar la estafa a la señora viuda de Ordóñez, de suerte que si como artificio adulteró varias libranzas, la unidad de intención da a los hechos el carácter de delito continuado, y no puede deducírsele al autor responsabilidad sino por un solo delito de falsedad.

De allí que se justifique la casación de la sentencia. Pero la Corte, al asumir así el papel de juzgador en la instancia, debe examinar las circunstancias que miran al grado de la delincuencia, y advierte ante todo que la consumación del delito de que se trata, acredita al autor como un elemento antisocial por su peligrosidad, puesto que el dolo tiene aquí caracteres de especial gravedad, no sólo por la audacia en la falsificación, sino porque se eligió para causarle el perjuicio a una mujer viuda, digna por lo mismo de mayor protección. Estas circunstancias hacen que la calificación correspondiente sea el segundo grado, pues a la vez concurre la atenuante de buena conducta anterior, que se presume. Esto, por lo que respecta a la falsedad, porque en cuanto a la estafa se conserva la calificación hecha por el Tribunal, pues lo relativo a este último delito no fue materia del recurso.

Con aplicación del artículo 366, corresponden a la falsedad cometida por Villota tres años de presidio. La pena de la estafa quedó fijada en un mes de reclusión, o sean veinte días de presidio, haciendo la conversión legal. Por consiguiente, la pena total viene a ser tres años y veinte días de presidio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en parte de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Secundino Villota, como responsable en segundo grado del delito de falsedad en documentos privados, y en tercer grado del de estafa por la cantidad de noventa y ocho pesos, a la pena total de tres años y veinte días de presidio, que se descomponen así: tres años de presidio por la falsedad, y veinte días de la misma pena, correspondientes a un mes de reclusión, por la estafa. Cumplirá estas penas en el establecimiento de castigo que designe el Gobierno.

En lo demás, esto es, en la condenación a las penas accesorias, queda firme la sentencia materia del recurso.

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

PARMENIO CARDENAS — **Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en desarrollo del veredicto pronunciado por el respectivo Jurado de calificación, que se reunió para decidir sobre la responsabilidad de Eduardo Cabrales o Luis María Correa o Felipe Duque y Carlos González Maldonado, procesados por el delito de robo de joyas y dinero, cometido en la casa de comercio de los señores Diego Martínez y Compañía, de la población de Lorica, en la noche del veintidós de abril de mil novecientos veintinueve, previa calificación de la delincuencia en el grado medio, condenó a cada uno de los acusados a la pena principal de once años de presidio, fuera de las accesorias de rigor. Este fallo fue reformado por el Tribunal, en el sentido de aumentar la pena principal para cada uno, en cuatro meses y quince días de presidio.

Contra esta sentencia del Tribunal interpusieron casación los condenados, recurso que en memorial separado sostuvo su defensor, en forma que permite un estudio de fondo.

Como única causal de casación se invocó la segunda de las contenidas en el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, o sea el ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado la sentencia sobre un juicio viciado de nulidad.

Sostiene el recurrente que se ha incurrido en la nulidad que establece el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, porque se omitió en la parte resolutiva del auto de proceder, la determinación de la época y lugar en que se hubiera cometido el delito. No se trata, agrega, de simple equivocación, sino de algo más grave, o sea de una omisión completa de las referidas circunstancias; no basta que se hayan mencionado en la parte motiva las circunstancias que caracterizan el auto de proceder, porque el cargo se formula en realidad en la parte resolutiva de ese auto, y la ley no ha distinguido que unas características del enjuiciamiento se citen en la parte motiva y otras en la resolutiva. En apoyo de su tesis, cita algunas doctrinas de los Tribunales de Buga y Medellín, según las cuales, "la omisión absoluta de la época y lugar en que se cometió el delito, es falta mayor que la equivocación relativa a esas circunstancias, y entraña, por consiguiente, nulidad en los juicios criminales."

Se considera:

No designa el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, a qué providencia o auto quiso referirse; pero como es en el auto de proceder donde se califica el informativo y se precisan los cargos que resulten contra el acusado, no hay duda que esa nulidad dice relación a lo que debe ser materia de esa providencia judicial, la cual consta de dos partes, una expositiva y otra resolutiva, no siendo la última sino una consecuencia de la primera.

Es en la motiva donde se hace la historia y apreciación de los hechos, y es por lo mismo en ella en donde principalmente debe quedar determinado lo que concierne a la época y lugar en que el delito se haya cometido. En la parte motiva del auto de proceder que se estudia, se determinaron con claridad esas circunstancias, de suerte que no se puede decir que ellas se hubieran omitido.

La nulidad que prevé la disposición citada no se refiere a especificaciones que deban hacerse precisamente en la parte resolutiva del auto de proceder, porque, como ya se vio, ni siquiera lo designa. Ha existido la práctica, por cierto muy provechosa y conveniente, de hacer mención en esa parte resolutiva de la época y lugar en que el delito se haya cometido, así como de otras particularidades, pero su omisión, cuando la motiva las contiene, no tiene la gravedad que le da el recurrente.

Y no tiene esa gravedad, porque habiéndose determinado esas circunstancias en la parte motiva, y formando el auto de proceder un solo cuerpo jurídico, en el cual la resolución final estrictamente no debe contener sino la denominación legal que al cargo corresponda, de acuerdo con el Código Penal "en el correspondiente título, cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, heridas, etc....," según lo enseña el artículo 345 de la Ley 105 de 1890, es lógico concluír entonces que ese auto de enjuiciamiento sí contiene todos los requisitos, y principalmente los que se han venido examinando.

La sanción de nulidad que contiene la disposición citada se basa en que el acusado no pueda defenderse con toda amplitud de un cargo que la misma autoridad no sabe dónde se cometió, ni en qué época, o cuando se verifican cambios sustanciales o equivocaciones que pueden llevar a cometer graves errores, lo cual, afortunadamente, no ha sucedido en esta ocasión. De ahí que el señor Procurador dijera acertadamente:

"En la parte motiva o de relación de hechos de una providencia judicial, se exponen claramente los pertinentes al caso que va a decidirse, y se citan las disposiciones legales aplicables; en la resolutiva se falla en consecuencia. Así, pues, en un auto de enjuiciamiento se plantean en primer término los elementos constitutivos del delito que se haya cometido, y en segundo, se formula el cargo, de acuerdo con el artículo 345 citado. Eso fue lo que se hizo en este asunto, y no es aceptable recurrir a hipótesis o suposiciones para demostrar una nulidad que no existe."

Todo lo anterior está indicando que no pueden prosperar los motivos de casación alegados.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República

y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y no invalida, la sentencia recurrida.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Resulta acreditado del presente proceso, que Antonio Vásquez Camacho, sin ningún motivo aparente, y en las primeras horas de la noche del veinticuatro de enero de mil novecientos veintinueve, dio muerte a Santos Hernández en el sitio de **Palo Blanco**, jurisdicción de Chima, por medio de garrotazos que le fracturaron el cráneo y el húmero del brazo izquierdo.

Se abrió la causa criminal correspondiente por el Juzgado 2º Superior de San Gil, con residencia en el Socorro, por auto de fecha dos de septiembre de mil novecientos veintinueve; consentido por las partes, y previa la tramitación del caso, se le sometieron al Jurado las siguientes cuestiones, que fueron absueltas como se transcribe:

"¿El acusado Antonio Vásquez Camacho es responsable de haber dado muerte a Santos Hernández, por medio de golpes con instrumento contundente, causándole la fractura del parietal izquierdo, un hundimiento de tres centímetros y la consiguiente hemorragia interna y la fractura del húmero del brazo izquierdo, hecho ejecutado en las primeras horas de la noche del día veinticuatro de enero de mil novecientos veintinueve, en el sitio de **Palo Blanco**, del vecindario de Chima, y en la comisión de este hecho obró el acusado con intención homicida, voluntariamente y con premeditación?"

El Jurado contestó: **"Sí es responsable, pero sin premeditación, y en una riña provocada por el homicida."**

"¿El acusado Antonio Vásquez Camacho, en la comisión del hecho a que se refiere la pregunta anterior, obró con alevosía, con violencia y encontrando sola e indefensa a la víctima?"

El Jurado respondió: **"Nó."**

En la sentencia de primera instancia, que es de fecha nueve de abril de mil novecientos treinta, el Juez Superior condenó a Vásquez Camacho como responsable en segundo grado de homicidio voluntario, a la pena de nueve años de presidio y sus accesorias; condenación que el Tribunal Superior confirmó el veinte de junio último.

Invocando las causales 1ª y 3ª, en la oportunidad legal el procesado interpuso recurso de casación, y como la demanda es admisible para estudio de fondo, se procede a fallar, mediante las siguientes consideraciones:

Exige el orden lógico que en primer término se estudie la causal 3ª, esto es, la de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Para sustentarla, dice la demanda que en el enjuiciamiento no se contempló cargo alguno sobre la circunstancia de haberse dado la muerte previa una provocación a riña por parte de Vásquez Camacho, circunstancia que sí tuvo en cuenta la sentencia.

Pero a esto se observa que tal circunstancia no es cualificativa del homicidio, esto es, que lo haga variar de especie como sucede con la premeditación y las circunstancias de asesinato. Por consiguiente, si la parte motiva del enjuiciamiento contempla el cargo de homicidio voluntario, y por tal delito condenó la sentencia, no se advierte discrepancia alguna entre las dos piezas del proceso.

No está, pues, justificado este motivo de casación. Pero, en cambio, debe advertirse que a menudo olvidan los Jueces la necesidad de concretar en la parte motiva del enjuiciamiento las circunstancias cualificativas del hecho, porque debiendo aparecer allí la comprobación del cuerpo del delito, es preciso que figuren todos los elementos que para ello son necesarios, no siendo bastante una imputación genérica, sino que es preciso que se haga una imputación específica, para que el acusado sepa desde entonces cuál es el cargo nítido de que debe defenderse, y tenga, por lo mismo, todas las garantías que le otorgan nuestras leyes fundamentales.

Tal es la doctrina sostenida por la Corte en repetidos fallos, y se considera oportuno recordarla, en vista de que el examen del auto de proceder en el presente juicio lleva a la conclusión de que no daba margen para interrogar al Jurado sobre las circunstancias específicas de premeditación y asesinato contenidas en el cuestionario, desde luégo que en la parte motiva del enjuiciamiento no se hace ninguna alusión a ellas. Afortunadamente no llegó el caso de que pueda tratarse este punto en el fondo, por haber sido contestado negativamente.

Se alega también que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, cuando la demanda afirma que extralimitando sus funciones los Jueces de hecho, declararon que el homicidio se consumó en riña provocada por el matador, caso odioso e injusto—dice el recurrente—"pero que no le quita al hecho el carácter de simplemente voluntario y ejecutado en las circunstancias primera y segunda del artículo 587 del Código Penal, que obligan al juzgador a darle aplicación al inciso 2º del artículo 602 del Código Penal, ya que el Jurado tuvo el cuidado de aclarar que 'la riña habida en este caso no justifica la premeditación.' Es decir—continúa la demanda—que sólo me impuso arbitrariamente una agravante, que por sí sola no eleva a segundo grado mi responsabilidad que debe permanecer en segundo (sic) grado, como lo tengo aclarado hasta la saciedad."

Para resolver, se considera:

No es materia de la causal 3ª ningún estudio acerca de la calificación de la delincuencia que, conforme a la ley, se funda en circunstancias accesorias que por su naturaleza no es preciso que figuren ni en el enjuiciamiento ni en el veredicto, sino que están destinadas a que el Juez de derecho las aprecie en la sentencia. El estudio corresponde, en consecuencia, a la causal 1ª.

El veredicto, en lo relativo a la cuestión primera, fue aclarado así:

"Sí es responsable, pero sin premeditación, y en una riña provocada por el homicida"; con la aclaración de que la riña habida en este caso no justifica la premeditación, da al hecho la fisonomía jurídica de homicidio voluntario; y la agregación que contiene en el sentido de la provocación a riña por el matador, excluye las hipótesis de

menor gravedad que el recurrente invoca. De tal suerte que si la sentencia condena por homicidio voluntario, lo hace de acuerdo con los términos claros del veredicto, no sujetos, por lo mismo, a interpretación.

La riña, según los términos del veredicto, fue provocada por Vásquez Camacho; y como por tratarse de una cuestión de hecho el Jurado tenía plena facultad para resolver sobre ella, en contra de lo que la demanda sostiene, no es el caso de considerar el homicidio como menos grave, haciendo uso del arbitrio consignado en el inciso 2º, artículo 602, considerando el caso como definido por el numeral 1º de artículo 587; pues para ello sería preciso ante todo que el provocador hubiera sido la víctima y nó quien dio la muerte, y, además, que hubiera circunstancias de especial atenuación, demostradas en el proceso y en los fundamentos del recurso, capaces de inclinar el ánimo del juzgador a la solución que se propone y pide el recurrente. Pero no sucede esto en el caso de autos.

En referencia a la causal 1ª, sostiene la demanda que la responsabilidad debió calificarse en tercer grado y nó en segundo, por cuanto una sola circunstancia agravante no da lugar a la calificación en grado medio, de acuerdo con el artículo 123 del Código Penal, disposición ésta que se estima violada.

Más adelante dice que la circunstancia de mala conducta no puede considerarse demostrada por las declaraciones de testigos que afirman haber cometido el recurrente, con anterioridad, un delito de heridas que quedó impune por no haber llegado a conocimiento de las autoridades; pues estima la demanda que tales testimonios son parciales, como emanados de personas que afirman ser enemigos del recurrente y tener interés en perjudicarlo, como las mismas declaraciones lo demuestran.

Para resolver, se considera:

El Tribunal estimó que la calificación de la delincuencia debía hacerse en segundo grado, y concretó su pensamiento así:

"La calificación de la delincuencia en segundo grado es correcta, y obedece a que con la circunstancia atenuante de la falta de ilustración del procesado, concurren como agravantes en contra suya, su carácter agresivo y violento, ser amigo de riñas y peleas y de atacar con armas, circunstancias éstas comprobadas con las declaraciones de Tomás Benavides, Florinda Quiroga y Lucía Quiroga (sic). (folios 16 a 22 del informativo)."

Aunque tales declaraciones se refieren a las circunstancias apuntadas por el Tribunal como agravantes, es lo cierto que no por ello puede darse como jurídicamente demostrada la mala conducta anterior de Vásquez Camacho.

Esta agravante no es sinónima de un temperamento pasional, irreflexivo o impulsivo, sino que debe mirarse como equivalente a un pasado judicial debidamente comprobado, en los casos en que no hay lugar al cómputo de la reincidencia. Además, las declaraciones que se citan son de simple apreciación personal de los testigos en lo que se refieren a las modalidades de agresividad y violencia en el carácter de Vásquez Camacho, y por lo mismo, no sirven para acreditar las agravantes de que se viene hablando.

Debió, por consiguiente, hacerse la calificación en tercer grado, y por este aspecto se justifica el infirmar la sentencia.

Pero como el delito, a pesar de no tener ninguna circunstancia agravante, fue consumado con dolo de especial intensidad, desde luégo que la riña fue provocada por el matador, sin que de otro lado aparezca ningún móvil, hay lugar al aumento de una sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo de la pena aplicable, haciendo uso la Corte para tal efecto del poder discrecional que otorga para estos casos el artículo 124 del Código Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa en parte la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Antonio Vásquez Camacho como responsable en tercer grado de homicidio voluntario, en la persona de Santos Hernández, y con el aumento de una sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo de la pena, a sufrir siete años de presidio en el establecimiento de castigo que el Gobierno designe. En lo demás, esto es, en las condenaciones accesorias, queda firme la sentencia recurrida.

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

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá veintisiete de marzo de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Celso Viera y Simeón Daraviña demandan la revisión del proceso en que, por sentencia del primero de junio de mil novecientos veintiuno, el Tribunal Superior de Buga, en confirmación del fallo de primera instancia, los condenó a la pena de veinte años de presidio y sus accesorias, como coautores en asocio de Aureliano Holguín y Cornelio Palacios, del delito de homicidio (asesinato), perpetrado en la persona de Virginia González en las primeras horas de la noche del treinta y uno de diciembre de mil novecientos diez y ocho, en el Corregimiento de Mediacanoa, jurisdicción municipal de Yotoco.

Devuelta la demanda para que fuera presentada en forma legal, los recurrentes la corrigieron en escrito visible al folio 32, donde invocan las causales 1ª y 5ª del artículo 1º, Ley 33 de 1909, siendo de advertir que en el primitivo escrito se habían propuesto las causales 1ª y 3ª de la misma disposición.

Adjuntas al pedimento se encuentran las copias del auto de proceder y de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia, lo mismo que las declaraciones rendidas en el proceso por Cipriano Soto, Avelino Cobo, Gustavo Paz y Justiniano Quintero, y también copia de una vista suscrita por el Fiscal del Tribunal de Buga y emitida dentro del mismo proceso.

Posteriormente se trajeron las declaraciones de José Palacios Bedoya, Emiliano Palacios y Ezequiel Troches, y la del coautor del delito y sentenciado Aureliano Holguín, ratificadas después, en cumplimiento del primer auto para mejor proveer, dictado por la Sala, mediante el cual, además, se hizo venir el proceso original adelantado con-

tra Viera, Daraviña y los otros que figuran como partícipes del delito.

Como base de la demanda alegan los recurrentes que la averiguación del delito determinó como protagonista a Aureliano Holguín, quien, por instinto de perversidad o por influencias extrañas, señaló a los demás sentenciados como si fueran participantes en la ejecución del delito perpetrado en Virginia González, y agregan:

"..... pero el suceso mismo, señores Magistrados, desacredita la información hecha por Holguín, porque es un axioma que la herida que causó la muerte a Virginia González, q. e. p. d., fue asestada por una sola persona; el teatro o lugar de los acontecimientos no presentó ni superficialmente huellas o rastros que pudiera presumírse (sic) cooperación alguna en tan horrendo crimen. La declaración de Néstor González, hermano de la occisa, redime toda sospecha que infundadamente hubiera recaído sobre nosotros; porque fue él, Néstor González, quien vio y a quien ha determinado (sic) persona dejó en su casa antes del crimen, y a quien no volvió a encontrar después de verificado éste."

Dicen en seguida que otro indicio para considerarlos responsables, fue el haberlos visto en el caserío de **Mediacanoa**, sin advertir el sentenciador la escasa significación de ese hecho, por ser los recurrentes vecinos de tal lugar; y concluyen alegando que el fallo condenatorio no determinó cuál fuera la participación o cooperación de cada uno de los sentenciados en el delito materia del proceso.

Para resolver, se considera:

La primera causal de revisión se refiere al caso en que dos o más personas estén sufriendo condena en virtud de sentencias contradictorias por causa de delito que no haya podido cometerse sino por una sola persona o un número menor de las sentenciadas; error judicial que se demuestra precisamente con la existencia de los fallos contradictorios, y por la imposibilidad de que el delito hubiera sido ejecutado con la cooperación de todas las personas que aparecen sentenciadas. Lo cual no sucede en el caso de que se trata, porque no está acreditado, primeramente, que se hubieran seguido varios procesos cuyas sentencias fueran contradictorias, ni tampoco, y en segundo lugar, la imposibilidad de que el asesinato de Virginia González fuera ejecutado en concurso recíproco por dos o más personas.

Aureliano Holguín dice haber escrito de su puño y letra, en el año de mil novecientos veinte, un memorial dirigido al Tribunal de Buga, en que se declaraba único responsable del delito; memorial que afirma no llegó a su destino por haberlo hecho pedazos su curador Roberto Arturo. En cumplimiento del segundo auto para mejor proveer, Holguín se reafirma en lo dicho y sostiene perentoriamente que Viera y Daraviña son inocentes, al contestar el interrogatorio respectivo. Las declaraciones rendidas en el proceso por Cipriano Soto, Avelino Cobo, Gustavo Paz y Justiniano Quintero, se refieren al mismo hecho de haber escrito Holguín el aludido memorial.

Aunque estos elementos de prueba son deficientes para demostrar la causal 3ª, pues no aparece el móvil torcido o la dañada intención que tuviera Holguín al rendir su indagatoria en que, declarándose culpable a sí mismo, y no para disculparse, compromete la responsabilidad de Viera y Daraviña, y antes bien, pudiera ser materia de un examen detenido o de un esclarecimiento ulterior el saber cuál es el verdadero móvil que hoy tiene el mismo Holguín para retractar su primera declaración y sostener la inocencia de Viera y Daraviña, es lo cierto que, por lo que respecta a la causal 5ª, se presentan indicios graves sobre la inocencia o irresponsabilidad de los recurrentes.

En efecto: respecto a Celso Viera, fuera de la declaración primitiva de Aureliano Holguín sólo existen los testimonios de José Valverde, Polo Escobar y Rosenda Losada, quienes se refieren a la circunstancia de haber estado Viera en compañía de Aureliano Holguín y Cornelio Palacios en las últimas horas de la tarde del día en que se consumó el asesinato de la González. También Emiliano Palacios y Manuel José Palacios declaran sobre el hecho de que unos seis meses antes Viera los invitó a robar, penetrando a la casa de determinadas personas del vecindario.

En cuanto a Daraviña, fuera de la misma declaración de Aureliano Holguín, solamente lo comprometen en alguna forma varios testimonios, según los cuales este sentenciado fue visto en las inmediaciones del lugar de los sucesos poco después del asesinato. Tanto Viera como Daraviña negaron rotundamente su participación en el delito, y no hay comprobante de habérseles visto penetrar a la casa de la González.

Con estos elementos de cargo en relación a estos acusados, el Tribunal se vio precisado a ordenar la convocatoria de un Jurado de acusación, y en atención a ser afirmativo el veredicto, hubo de dictar contra ellos auto de proceder. El único que concretó el cargo contra Viera y Daraviña fue Aureliano Holguín, en su declaración indagatoria, como queda dicho.

En tales circunstancias militan indicios graves sobre la inocencia de Viera y Daraviña, máxime si se tiene en cuenta que los conatos que en relación a un tiempo anterior, y respecto de otras personas, se le atribuyen a Viera, no alcanzaban a ser punibles, y además, que Holguín no sólo se retractó de lo dicho en su primera declaración, sino que explícitamente proclama la inocencia de tales sujetos.

Aunque pudiera ser sospechosa esta actitud de Holguín por el aspecto de que haya llegado a ella mediante algún ofrecimiento o halago, es lo cierto que no hay prueba alguna sobre el particular, y, por lo mismo, debe admitirse que el interés de Holguín al proceder así no es otro que el de servir la causa de la verdad y la justicia.

El decretar la revisión no indica en este caso que los juzgadores a cuyo conocimiento estuvo el proceso—Juez y Tribunal—tuviesen culpa que les sea imputable por dictar una condenación que puede resultar injusta a virtud de un nuevo juicio, o que pudieran ser responsables de los perjuicios que hayan sufrido los recurrentes como consecuencia de la misma condenación, desde luégo que aquellos jueces obraron sobre la base del veredicto afirmativo, tanto del Jurado de acusación como del de calificación. De suerte que si el Juez y el Tribunal pudieron equivocarse al condenar, no hay base para dudar siquiera de la rectitud de su intención.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, habiendo oído el concepto del anterior Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decreta la revisión solicitada por Celso Viera y Simeón Daraviña, por la causal 5ª del artículo 1º, Ley 33 de 1909, y, en consecuencia, dispone que el nuevo proceso se siga por ante el Juez Superior de Popayán.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y envíese el expediente al Juzgado que acaba de citarse.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintisiete de marzo de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

En el Corregimiento de **La Floresta**, Municipio de Yolombó, Departamento de Antioquia, vivían juntos, desde hacía unos tres años, Manuel Jiménez Arias y Cristina Osorio, pero tenían continuos disgustos por los celos que a ambos inquietaban. La Osorio creía que Jiménez Arias le era infiel, por tener relaciones ilícitas con Dolores Puerta, y él, a su vez, estaba celoso por juzgar que ella cultivaba amores con Domingo Sosa, dueño de la finca donde el hombre trabajaba.

Así llevaban vida de casados en permanentes reyertas, hasta que el día veintidós de septiembre de mil novecientos veintiocho, después de que la Osorio se había retirado varias veces de la casa, disgustada con Jiménez Arias, fue éste a buscarla a la casa de Andrea Pino, en el mismo Corregimiento, y allí le suplicó que regresaran a su domicilio, pero ella puso por condición que le devolviera unas joyas y ropas que decía haberle quitado. A sus nuevas instancias le contestó con alguna frase ofensiva, "y en ese momento—dice el mismo Jiménez Arias—me dio a mí mucha ira, y le tiré con un revólver, haciéndole dos disparos, y me fui." Uno de ellos le causó la muerte instantáneamente, según declara Andrea Pino, en cuya casa ocurrieron estos hechos.

El Juzgado 2º Superior de Medellín abrió la presente causa, por auto de fecha doce de abril de mil novecientos veintinueve, cuya parte resolutiva está concebida en los siguientes términos:

"En mérito de lo dicho, oída la opinión del colaborador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se abre causa, con intervención del Jurado, a Manuel Antonio Jiménez Arias o Jesús Cadavid, por el delito de homicidio en la persona de su mujer legítima Cristina o María Cristina Osorio, a sabiendas del vínculo del matrimonio, delito que consistió en haberla herido con proyectiles de arma de fuego (revólver), el veintidós de septiembre de mil novecientos veintiocho, en el paraje de **El Chuscal**, fracción de **La Floresta**, del Municipio de Yolombó, por consecuencia y efecto natural de una de las cuales heridas falleció en el acto."

Ejecutoriado sin reclamo el auto de proceder, y adelantada la causa, al Jurado que en ella intervino se le propusieron las siguientes cuestiones, que se transcriben junto con sus respuestas:

"Cuestión primera. ¿El acusado Manuel Antonio Jiménez Arias o Jesús Cadavid es responsable de haber dado muerte, voluntaria y premeditadamente, a su mujer legítima Cristina o María Cristina Osorio, a sabiendas del vínculo del matrimonio, por medio de heridas causadas con proyectiles de arma de fuego (revólver), el veintidós de septiembre de mil novecientos veintiocho, en el paraje de **El Chuscal**, fracción de **La Floresta** del Municipio de Yolombó, por consecuencia y efecto natural de una de las cuales falleció la Osorio en el acto?"

El Jurado contestó: **"Sí, sin premeditación."**

"Cuestión segunda. ¿El acusado Manuel Antonio Jiménez Arias o Jesús Cadavid ha cometido el hecho que se menciona en la cuestión principal, con la siguiente circunstancia: con alevosía, pues sorprendió a la víctima indefensa y descuidada o desapercibida?"

Respondió el Jurado: "Nó."

El Juez Superior, en sentencia del veintiuno de marzo del año próximo pasado, condenó a Jiménez como responsable de parricidio en la persona de su mujer legítima, a la pena fija de veinte años de presidio y sus accesorias, con aplicación de los artículos 593, 615, del Código Penal, y B del Acto legislativo número 3 de 1910; fallo éste que el Tribunal confirmó en el de veinticinco de julio último.

Oportunamente el defensor del procesado interpuso recurso de casación, con fundamento en las causales 1ª y 2ª del artículo 3º, Ley 78 de 1923, y una vez que se le concedió, vino el expediente a la Corte, en donde surtidos los trámites correspondientes, ha llegado la oportunidad de fallar.

Un mismo motivo de hecho viene sustentando las dos causales propuestas, a saber:

Que no está comprobado el cuerpo del delito de uxoricidio, porque no se trajo a los autos la prueba legal de la existencia del vínculo matrimonial entre Manuel Jiménez y Cristina Osorio.

"Luego si en los autos—dice el recurrente—no hay esa prueba, es claro que se ha dictado sentencia en una causa viciada de nulidad sustancial; porque según el artículo 1512 del Código Judicial, la existencia del cuerpo del delito es el fundamento de todo juicio criminal."

Para sustentar esta tesis, relativa a la causal 2ª invocada, se extiende la demanda en razonamientos que pueden resumirse así: que aun cuando los juzgadores en las respectivas instancias aceptaron la existencia del vínculo matrimonial entre Jiménez y la Osorio, la prueba que dicen haber respecto de tal estado civil, o sea la de posesión notoria, no fue producida conforme a las prescripciones legales sobre la materia, y que, por lo mismo, no está comprobado válidamente aquel vínculo, ya que cuando la ley exige una determinada prueba no se puede admitir otra, cualquiera que sea la fuerza de que ésta se halle provista, y aun a pesar de que el Jurado haya tenido y manifestado en su veredicto la convicción íntima de existir, en el caso sometido a su consideración, el vínculo matrimonial, porque—dice el recurrente—este convencimiento no puede suplir la prueba específica exigida por la ley para el estado civil, como tampoco podría reemplazar la escritura pública registrada, necesaria para la comprobación de la compraventa de un inmueble, caso que cita como ejemplo. Que no figurando en el informativo la prueba de que se trata, no hubo fundamento para enjuiciar por uxoricidio, y menos lo hay para sentenciar por tal delito, de donde deduce que el proceso se encuentra viciado de nulidad sustancial.

El señor Procurador acoge los argumentos de la demanda de casación, y ampliándolos, los apoya, para llegar a la misma conclusión de que la sentencia debe invalidarse por la causal 2ª invocada, declarando la nulidad desde el auto de proceder inclusive, para que, mediante una ampliación del sumario, pudiera traerse la prueba del matrimonio, de acuerdo con las leyes civiles existentes.

Para resolver, se considera:

"La existencia del cuerpo del delito—dice el artículo 1512 del Código Judicial—es el fundamento de todo jui-

cio criminal. Se entiende por **cuerpo del delito** un hecho criminoso y punible, según las leyes."

Y a su vez el artículo 24 de la Ley 104 de 1922 se expresa así:

"Los elementos constitutivos del delito, señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito."

Por consiguiente, todo lo que diga relación al cuerpo del delito, debe provenir del mérito de las pruebas agregadas al informativo, debidamente analizadas y valoradas por el Juez, para establecer la existencia del hecho punible como entidad jurídica. De tal suerte que las pruebas que se presenten sobre el hecho específicamente considerado y en casos como el de que aquí se trata, deben tener la fuerza de la plenitud que para enjuiciar exige la ley.

Tanto el recurrente, en lo que se ha transcrito, como el señor Procurador, han expresado que existe nulidad en el procedimiento por faltar la prueba del uxoricidio, de que se ha venido hablando. Si legalmente ello fuera así, se podría reponer lo actuado, dando oportunidad para colmar el vacío mediante ampliación del sumario; pero como en nuestra legislación no existe causal de nulidad que se funde y se desprenda del motivo apuntado, no puede invalidarse el procedimiento, desde luégo que tales causales no son otras que las enumeradas por la ley, no habiendo lugar a la reposición de lo actuado, cualesquiera que sean las irregularidades que lo afecten (artículo 226, Ley 57 de 1887).

Bien se ve, pues, que no puede prosperar la causal 2ª que la demanda invoca.

Pero, en cambio, como lo ha sostenido la Corte en otros casos, lo que hay es violación de la ley penal sustantiva, ya porque la ausencia de comprobación del cuerpo del delito pone de manifiesto la indebida aplicación de esa ley, por no haber delito; o ya, porque si bien el cuerpo del delito de homicidio sí aparece comprobado, como en el presente caso, en cambio no está lo relativo al vínculo matrimonial, y ello pone de manifiesto la indebida aplicación penal de los artículos que sancionan el parricidio.

De suerte que, por lo menos de acuerdo con las disposiciones positivas que regulan la casación en materia penal, es la causal primera la que puede prosperar, y afortunadamente fue ella invocada también por el recurrente, cuando dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

"Dije al empezar este memorial que con la sentencia del honorable Tribunal se había violado la ley penal, porque se había aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar. Esta tesis no es más que la consecuencia de lo que llevo escrito.

"Efectivamente, un 'sí, sin premeditación' y un 'nó,' respuestas dadas a las preguntas sobre la responsabilidad de un homicida, sólo autorizan para aplicar uno de los artículos siguientes: 587, 602 del Código Penal, pero jamás el 615 de la misma obra."

No es el caso de determinar si la única manera como puede demostrarse el matrimonio que se dice existir entre la víctima y el victimario, es mediante las pruebas específicas del estado civil, de conformidad con las leyes civiles, o bien si es suficiente que el vínculo aparezca establecido por cualquiera de los medios señalados por el artículo 1659 del Código Judicial, ya que siendo tan deficiente la prueba que se tuvo en cuenta para deducirle a Manuel Jiménez Arias el cargo específico de parricidio en la persona de su mujer legítima, pues al examinarla se encuentra que no reúne siquiera los requisitos necesarios para que la prueba testimonial se considere plena, basta este motivo para sustentar el fallo que haya de dictarse.

Consta en efecto que procuró llevarse al informativo la prueba principal del estado civil, pero por no ser hallada hubo de recurrirse a la supletoria, con tan poco éxito, que los declarantes, a pesar de que afirman que Jiménez y la Osorio fueron casados, no expresan la razón de su dicho o el motivo de sus apreciaciones, de tal suerte que dichos testimonios carecen de fuerza y están desprovistos de mérito probatorio, como lo observa también el señor Procurador.

No estando, pues, jurídicamente establecida esa circunstancia del matrimonio, siquiera sea por los medios generales de prueba, no hubo base para condenar por el delito de parricidio, desde luégo que la mera confesión del procesado respecto al vínculo, de la cual se retractó después, no sirve para sustentar la condenación, al tenor del artículo 1660 del Código Judicial, por no estar acreditado por otros medios el cuerpo del delito de uxoricidio, específicamente considerado.

De lo dicho se deduce que si es indiscutible la responsabilidad por homicidio, no puede admitirse que Jiménez Arias haya cometido el delito de parricidio, por faltar la comprobación de la circunstancia cualificativa del matrimonio, de la que se desprendería el dolo específico correspondiente a tal hecho punible. De allí surge la indebida aplicación de las disposiciones que castigan el parricidio al caso de autos, y en consecuencia, la causal 1ª de casación está justificada.

Al asumir así la Corte el papel correspondiente a los juzgadores en la instancia, encuentra que el homicidio de que se trata tiene agravantes que acreditan a Jiménez Arias como un hombre de especial peligrosidad, por la reflexión, preparación y saña en el ataque, la indefensión y el sexo femenino de la víctima, circunstancias que, unidas a la atenuante de buena conducta anterior, que se presume, dan lugar a la calificación de la delincuencia en segundo grado; y como esas agravantes tienen especial calidad y están en mayor número que las de atenuación, es el caso de agregar a la pena una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la señalada por la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Manuel Antonio Jiménez Arias, como responsable en segundo grado de homicidio voluntario en Cristina o María Cristina Osorio, con aplicación del artículo 600 del Código Penal y con el aumento de una sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo de la pena, a la principal de diez (10) años de presidio, en el establecimiento de castigo que el Gobierno designe. En lo demás, esto es, en las condenaciones accesorias, queda firme la sentencia recurrida.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

El señor Juez de Ejecuciones Fiscales, en providencia de fecha seis de abril de mil novecientos veinticuatro, fundado en el alcance líquido deducido por la antigua Corte de Cuentas, que consta en la copia auténtica del auto de fenecimiento y en la constancia de la multa impuesta al responsable señor Gratiniano Fernández, como administrador principal de Correos de Tunja en mil novecientos veintiuno, y en la escritura pública número cuatrocientos setenta, otorgada ante el Notario Público número primero, de Tunja, el doce de junio de mil novecientos diez y seis, en la cual consta que los señores Ignacio Gómez y Martín Landínez se constituyeron como fiadores solidarios del señor Fernández; fundado en estos documentos—se repite—dictó mandamiento de pago en contra de dichos señores y en favor del Tesoro Nacional, por las sumas de treinta y cinco pesos diez y nueve centavos y diez pesos en moneda corriente, por los intereses de la primera cantidad, a la rata del uno por ciento mensual, desde el día veinticuatro de agosto de mil novecientos veintitrés, hasta el día en que se verifique el pago total, y por las costas del juicio.

Seguido éste con todos sus trámites, en la oportunidad legal correspondiente el señor Ignacio Gómez R., mediante apoderado, propuso la excepción de error de cuenta que fundó en los siguientes hechos y razones:

"Fundado en los anteriores documentos, como en los que obran en autos, y haciendo uso del derecho que consagran los artículos 1097 y 1098 del Código Judicial y 26 de la Ley 169 de 1896, entro a proponer, en nombre de mi poderdante, la excepción de **error de cuenta**, la que fundo en los siguientes hechos:

"1º La ejecución tiene como base el finiquito de las cuentas presentadas por el Administrador de Correos de Tunja, en el año de 1921, y copia de la escritura número 470, de 12 de junio de 1916, pasada ante el Notario 1º del Circuito de Tunja.

"2º La ejecución se libró por $ 49-19 e intereses al 1½ por 100 desde el 24 de agosto de 1923 y contra el señor Gratiniano Fernández, como deudor principal, Martín Landínez e Ignacio Gómez R., como deudores subsidiarios.

"3º La fianza que mi poderdante otorgó por medio de la escritura citada en el hecho 1º, fue provisional, y se constituyó sólo por el término de tres meses, contados a partir de la fecha en que tomara posesión Gratiniano Fernández, plazo dentro del cual éste debía constituír la caución real de que trata la ley.

"4º El señor Gratiniano Fernández tomó posesión del empleo de Administrador Principal de Correos de Tunja el día 1º de julio de 1916, según copia del acta de posesión que debidamente autenticada acompaño.

"5º El alcance deducido contra Gratiniano Fernández y por el cual se libró la ejecución a que me refiero, pertenece a las cuentas del año de 1921, fecha en la cual había terminado ya la fianza constituída por mi poderdante.

"De los hechos anteriores resulta claramente que mi poderdante Ignacio Gómez R. no ha garantizado con fianza las obligaciones de Gratiniano Fernández, resultantes del manejo del puesto de Administrador Principal de Correos de Tunja, y que sean posteriores al 1º de octubre de 1916; y por consiguiente se ha cometido un error de cuenta al librar ejecución contra mi poderdante por desfalcos ocurridos en el año de 1921.

"En derecho apoyo esta demanda en la disposición del artículo 1708 del Código Civil y en las disposiciones concordantes del tratado de la fianza:"

Enviado el incidente al Tribunal Superior, allí se sustanció con la dilación probatoria respectiva y la recepción de las demostraciones que el interesado tuvo a bien aducir, hasta ponerle término mediante la sentencia de quince de julio de mil novecientos treinta, en la cual se declaró probada la excepción propuesta y se dispuso cesara la ejecución y se desembargaran los bienes sobre los cuales se había trabado.

En recurso de consulta ha subido el negocio a este Despacho, donde se procede a decidir lo que se estima jurídico, una vez que están satisfechas las ritualidades procedimentales correspondientes, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

En la escritura número 470, arriba citada, para determinar precisamente las obligaciones de los fiadores conjuntos con el empleado responsable, se estipuló lo siguiente:

"Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contrae por este instrumento, el exponente constituye la fianza correspondiente, por valor de $ 2,000, y para responder de esta suma, llegado el caso, así como cualquier saldo o alcance que resulte en su contra, da como fiadores solidarios y mancomunados a los señores Ignacio Gómez y Martín Landínez, varones, mayores de edad y vecinos de esta ciudad, a quienes conozco personalmente, quienes hallándose presentes en este acto, manifestaron que se constituyen como tales fiadores, renunciando expresamente el beneficio de excusión para responder del cumplimiento de las obligaciones que el señor doctor Gratiniano Fernández contrae por medio de este instrumento. Se hace constar que esta fianza provisional se constituye mientras el otorgante puede dar la caución de que trata la ley, caución que se prestará dentro de noventa días, contados desde el día en que tome posesión del empleo."

Comentando esta estipulación, el Tribunal sentenciador dice:

"¿La responsabilidad del señor Gómez como fiador de Fernández puede extenderse hasta el alcance y la multa correspondientes a la vigencia de 1921, y, en consecuencia, debe seguir la ejecución?, o

"¿Esa responsabilidad no puede llevarse más adelante del vencimiento de los noventa días contados desde la posesión del cargo, o sea desde el primero de julio de 1916, y debe, por tanto, prosperar la excepción?

"De los pasajes transcritos de la escritura número 470 citada, se deduce que lo único claro, lo único expreso con respecto al tiempo por el cual se obligaron los fiadores, es el término de noventa días, relativo a la fianza

provisional; y que para concluír que las obligaciones de los mismos fiadores se extienden más allá de ese término, hay que ocurrir a las presunciones necesarias para interpretar la voluntad de ellos, lo cual iría contra la doctrina contenida en el artículo 2353 del Código Civil, a términos del cual 'la fianza no se presume ni debe extenderse a más que al tenor de lo expreso.'

"No se presume la fianza porque siendo ésta, generalmente, un servicio gratuito, para que se tenga a una persona como fiador, es necesario que **expresamente** se comprometa como tál, sin que para ello baste un consentimiento tácito.

"De lo anterior se desprende que la fianza está sometida al principio de la interpretación restrictiva, como lo dice don Fernando Vélez en el comentario al artículo citado, es decir, que 'cuando hay duda acerca de las obligaciones del fiador, deben éstas interpretarse en el sentido más favorable para él, lo que significa que no pueden imponérsele las que no tengan una base expresa en la ley o en el contrato.'

"Si hubiera de buscarse la intención de los fiadores en las cláusulas de la escritura citada, habría que llegar a la conclusión de que ella no fue otra que la de garantizar las obligaciones de su fiado durante el término de noventa días a que podía extenderse la fianza provisional; mas no importaría que la conclusión fuera distinta, desde que, como ya se dijo, el consentimiento tácito no es suficiente para establecer las obligaciones del fiador.

"Basta agregar a lo anterior que, según el artículo 2366, 'la fianza puede otorgarse hasta o desde cierto día,' y que de conformidad con el artículo 2369, el fiador puede obligarse a menos de lo que debe el deudor principal, para concluír de todo lo dicho que las obligaciones de los fiadores, en el presente caso, no se extienden más allá de los noventa días determinados en la escritura tántas veces citada y que, en consecuencia, es fundada la excepción propuesta, ya que el alcance deducido se refiere a una época muy posterior al vencimiento de este término.

"Y por último, aunque es verdad que se trata de una caución ordenada por la ley, la fianza en este caso está sujeta a las mismas reglas que la convencional, de modo que le son aplicables todos los conceptos anteriores, sin que, por otra parte, pueda llegarse a una solución contraria en vista del artículo 298 del Código Fiscal, porque tal disposición se refiere es **a la cancelación de la fianza**, es decir, a la declaración de haber quedado sin efecto las obligaciones contraídas por el fiador (en el presente caso) durante el tiempo por el cual se obligó."

Para la Corte los términos transcritos de la escritura número 470 son perfectamente claros y de consiguiente no es necesario para decidir el punto controvertido tener en cuenta ninguna presunción; y con fundamento en la interpretación restrictiva que de la obligación generada por la fianza deba hacerse, sin necesidad de desentrañar la intención de los fiadores, hay que concluír que la simple locución gramatical "que esta fianza provisional se constituye **mientras** el otorgante pueda dar la caución de que trata la ley," está diciendo que la fianza provisional constituída produce efectos jurídicos, es decir, obliga a los fiadores hasta tanto la fianza de que trata la ley sea constituída; dado que el adverbio de tiempo **mientras** quiere decir durante el tiempo en que, según el Diccionario de la Real Academia Española. Y como de otro lado no aparece que la caución de que trata la ley haya sido prestada, hay que concluír que la responsabilidad de los fiadores provisionales aún subsiste de acuerdo con la estipulación por ellos hecha y admitida por el funcionario encargado por la ley de hacerlo; pues a tanto se obliga el hombre a cuanto aparece que ha querido obligarse, según el antiguo adagio español.

Más si se tiene en cuenta que el término de noventa días de que allí se habla como señalado para prestar la caución legal, no establece un plazo que limite los efectos de la fianza provisional sino que determina la época en que ha debido cumplirse una obligación de los responsables, y que no se cumplió.

A este propósito la Corte acoge los siguientes comentarios hechos a las disposiciones de los artículos 289, 290 y 291 del Código Fiscal, contenidos en el salvamento de voto hecho en la sentencia por el Magistrado doctor Zorrilla:

"De acuerdo con las disposiciones transcritas, el legislador estableció la caución hipotecaria o prendaria como garantía a que estaban obligados los empleados de manejo; pero excepcionalmente, para los casos urgentes, concedió al empleado el derecho de garantizar su manejo con una fianza personal con el carácter de provisional mientras se constituía la garantía real.

"Como la fianza en este caso, tanto por ser personal como por el carácter de provisional, no forma la garantía deseada por el legislador, éste dispuso que debía ser reemplazada por la caución real dentro del plazo de noventa días.

"Ese plazo no tenía otro objeto que el de fijar de manera precisa el tiempo hasta el cual podía el empleado de manejo usar del derecho de garantizar su empleo con una fianza personal, y establecer en su contra la obligación de hacer, consistente en prestar dentro de él la garantía real.

"¿Pero podrá sostenerse que además de ese objeto puede asignarse al plazo de noventa días el efecto de producir con su vencimiento la extinción de la fianza?

"Nó, por dos motivos principales.

"Es el primero, que la fianza no puede terminar o tenerse por extinguida, de acuerdo con el artículo 298, sino 'cuando se preste la caución real que debe reemplazarla,' y se cancele dicha fianza por el Ministro o por el empleado respectivo.

Determina, pues, la ley, de manera clara, cuál es el medio ordinario de extinción de la caución provisional, esto es, la cancelación expresa hecha cuando se haya dado la garantía real que el empleado de manejo estaba obligado a prestar dentro de los noventa días de posesionado.

"El segundo motivo consiste en que al sostenerse la tesis de que según las disposiciones legales citadas, vencidos los noventa días quedaban libres los fiadores, se supondría al legislador animado del evidente deseo de perjudicar a la Nación o a las demás entidades de derecho público, lo cual resulta absurdo.

"Y se dice que esas entidades resultarían perjudicadas, porque sus bienes garantizados con una fianza provisional que pudiera terminar antes de que se constituyera la caución definitiva destinada a reemplazarla, quedarían en manifiesta inseguridad, pues si se admite que ese fuera un medio legal de extinción, ni siquiera podría deducirse responsabilidad al funcionario que como

representante de alguna de esas entidades lo pactara expresamente en el respectivo documento, porque al hacerlo así se ajustaría a la ley y en nada faltaría a su deber.

"Por lo tanto, forzoso es concluír que en tesis legal y de acuerdo con las disposiciones citadas, la fianza no se extingue por el vencimiento de los noventa días.

"Y de lo dicho se desprende también que si transcurre ese plazo y no se ha constituído la caución hipotecaria o prendaria, las únicas consecuencias prácticas que se deducen consisten en que el Ministro o funcionario respectivo responda de su negligencia en obtener la caución real y del perjuicio que se siga a la Nación, por la inseguridad que la ley presupone en la garantía personal y provisional, y que a su vez el empleado de manejo responda de los perjuicios que se deduzcan por no haber cumplido en tiempo su obligación de constituír la caución hipotecaria o prendaria.

"Pero en manera alguna puede en el campo de la ley deducirse del evento contemplado la terminación de las obligaciones de los fiadores, admitiendo un medio de extinción de la fianza que para el caso propuesto no reconoce la misma ley.

"Ahora, llevando el asunto al caso práctico que se presenta en este juicio, se tiene que los términos de la escritura que sirvió al señor Fernández para garantizar su manejo con una caución personal, son claros; pero que si no lo fueran, habría que interpretarlos de acuerdo con los principios que se dejan analizados, que son los que informan las disposiciones legales vigentes cuando se otorgó esa escritura, para respetar de ese modo el precepto consignado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual, "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

"En esta escritura, como ya se vio, está consignado con estas palabras lo que da base a la excepción propuesta:

"Se hace constar que esa fianza provisional se constituye mientras el otorgante puede dar la caución real de que trata la ley, caución que se prestará dentro de noventa días, contados desde el día en que tome posesión del empleo.'

"La frase transcrita no introduce ninguna modificación a lo estipulado respecto de las obligaciones de los fiadores en el resto de la escritura.

"Esa frase solamente fija en la escritura, en primer lugar, el carácter de provisional de la caución prestada, estableciendo que se trata del caso del artículo 291 y no del caso del artículo 294, que dice que 'no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la fianza de que trata el artículo 291 puede admitirse como definitiva, si los fiadores, a más de reunir las condiciones que exige el Código Civil, son notoriamente honorables y solventes a juicio del Consejo de Ministros.'

"Y en segundo lugar, consigna expresamente en la escritura la obligación a cargo del empleado de manejo de constituír la caución real de que trata la ley dentro del plazo de noventa días señalado por la misma.

"De esa cláusula resulta una obligación para el empleado de manejo: la de constituír en el plazo fijado en ella la caución real; pero de la misma cláusula no aparece ningún derecho a favor de los fiadores, como no sea únicamente el de poder obligar al deudor a que les obtenga el relevo de la fianza por haberse obligado a obtenérselo dentro de cierto plazo y haberse vencido éste, que es el caso previsto en el numeral segundo del artículo 2394 del Código Civil, para que el fiador tenga derecho a que el deudor principal le obtenga el relevo de sus obligaciones.

"Para que al pasaje citado de la escritura se le pudiera dar el alcance pretendido por el excepcionante, se necesitaría que estuviera adicionado con esta expresión: 'y vencidos esos noventa días, los fiadores quedarán libres de sus obligaciones aunque la caución real no se haya constituído.'

"Entonces, reconstruída toda la frase, sería de este tenor: 'Se hace constar que esa fianza provisional se constituye mientras el otorgante puede dar la caución real de que trata la ley, caución que se prestará dentro de noventa días, contados desde el día en que tome posesión del empleo, y vencidos esos noventa días, los fiadores quedarán libres de sus obligaciones aunque la caución real no se haya constituído.'

"Sólo así podría sostenerse con razón que en el título constitutivo de la fianza se fijó la época de su extinción, diferente de la que le corresponde de acuerdo con su naturaleza de garantía de las obligaciones contraídas por el deudor principal, o mejor, sólo con esa adición quedaría la fianza formada hasta determinado día, hasta día cierto, y podrían tenerse como modificadas en ese sentido las demás estipulaciones de la escritura, pues si la fianza no se presume y requiere expresa estipulación, tampoco puede presumirse un día o una condición para su extinción que le haga perder su misión propia de garantía de las obligaciones consignadas en el contrato, sino que esas modalidades tienen que aparecer manifestadas de manera clara.

"Como se ve, el espíritu de la ley y el del contrato coinciden, y ambos concurren a demostrar la conclusión enunciada.

"Y estando vigente la fianza, desaparece el fundamento de la excepción alegada, siendo procedente, en consecuencia, declararla no probada.

"No forman obstáculo para esta decisión los argumentos expuestos por el excepcionante en la parte final de su alegato de bien probado, presentado extemporáneamente, porque el fundamento de esos razonamientos se hace consistir en el único hecho de que la fianza fue constituída hasta cierto día, y ya se vio que del análisis del contrato y de la ley que lo rige no puede sacarse avante ese aserto con el alcance que pretende el excepcionante."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, revoca la sentencia revisada y en su lugar resuelve:

1º Declárase no probada la excepción de error de cuenta propuesta por Ignacio Gómez R., en el juicio ejecutivo de que se ha hecho mérito.

2º Como consecuencia, continúe la ejecución hasta hacer efectiva la deuda de que se trata.

3º Las costas son de cargo del ejecutado.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Carlos Arturo Díaz—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero doce de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

En escrito presentado el veintiuno de agosto de mil novecientos veintinueve, el señor Juan C. Dávila T. propuso demanda ordinaria contra la Nación para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que no tiene respaldo legal, judicial, administrativo ni de otra índole, el embargo que de orden del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales inscribió el señor Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de Bogotá, con fecha diez de abril de mil novecientos ocho, que aparece en el tomo primero del Libro de Registro de autos de embargo, a la página 48, bajo el número 55, con relación a la casa situada en esta ciudad, en la carrera 9ª, marcada en su puerta de entrada con el número 55 y comprendida dentro de los siguientes linderos:

"Por el frente, calle de por medio, con casa de Engracia Luna viuda de Juan Escobar y tiendas que fueron de Salvador Terán y hoy de Gregorio Barriga; por el costado derecho, con casa que fue de la mortuoria de Sixto Luna, hoy casa y solar de Manuel Gálvez; por el costado izquierdo, con casa y solar o corral denominado **El Redán**, que fue de la misma mortuoria y hoy es de Andrea Escobar de Romero, y con solares de las casas situadas en la acera sur o izquierda de la antigua carrera de Tacines, hoy calle sexta al Sur, y por la espalda con solares de las casas de Ursula Delgado, Daniel Pinzón y Enriqueta González, que fueron del vendedor.

"Segunda. Que en consecuencia debe cancelarse y se ordene que se cancele dicho embargo y que se comunique esta orden al Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de Bogotá.

"La causa o razón con que promuevo esta demanda, está en que como lo demuestro con el certificado adjunto del Registrador del Circuito de Bogotá, el embargo a que he venido refiriéndome está y permanece inscrito y vigente como si obedeciera a algún procedimiento ejecutivo, el cual desde luégo podría hacerse cesar por los medios previstos en la ley para tal efecto, y no obstante no existe ese procedimiento ejecutivo y por consiguiente el medio corriente de hacer cesar ese embargo y libertar así la finca."

Como hechos de la demanda expuso los siguientes:

"1º Soy dueño de la casa delimitada en la demanda.

"2º El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, aludiendo a un juicio seguido por la Nación contra mí, ordenó el embargo de dicha casa y tal embargo fue inscrito en el libro de autos de embargo, tomo primero, a la página 48, bajo el número 55, de fecha diez de abril de mil novecientos ocho; y esa inscripción aún subsiste.

"3º Dicho juicio no ha existido, ni en la fecha a que se refiere la orden de embargo y la inscripción del embargo era yo deudor del Tesoro Nacional.

"4º El registro del embargo de la finca mencionada fue hecho por el Registrador de instrumentos públicos y privados sin que se hubiera dictado mandamiento ejecutivo contra mí, lo cual es obvio desde que no ha existido juicio ejecutivo.

"5º Que sin que se dictara previamente auto de embargo de la finca relacionada, se envió nota al Registrador de instrumentos públicos de Bogotá, para que inscribiera el embargo, como efectivamente lo hizo; y

"6º No puede subsistir un embargo sin juicio alguno al cual corresponda, y no obstante esto subsiste la inscripción del embargo de la casa ya delimitada."

En derecho me apoyo para entablar esta demanda, dijo, "en la garantía que la Constitución y las leyes establecen para el dueño y poseedor de los bienes, de que no le han de ser arrebatados ni gravados sino en los casos previstos por la misma Ley, artículo 5º del Acto Legislativo número 3 de 1910. En el artículo 1027 del Código Judicial, porque esa disposición, a **contrario sensu** y como disposición de carácter coercitivo y de estricta interpretación, está indicando que en mi caso el embargo no tiene asidero alguno porque no hubo juicio ejecutivo contra mí del cual se desprendiera el embargo cuya cancelación pido en esta demanda; en los artículos 8º, 9º, 10, 11 y concordantes de la Ley 40 de 1907, que por interpretación a **contrario sensu** son también pertinentes, porque la Nación no ha entablado contra mí la acción de secuestro y embargo preventivo. En el artículo 1494 del Código Civil, en cuanto dispone que las obligaciones nacen ya del concurso de las voluntades de dos o más personas como en los contratos, de un hecho voluntario de la persona que se obliga, o de la ley, y ni yo me obligué con la Nación, como deudor de ella, ni nada le debía por concepto de impuestos o contribuciones cuando se decretó el embargo cuya cancelación solicito. En el artículo 1757 ibídem, puesto que como lo demostré en el curso del juicio, yo no era deudor de la Nación cuando se inscribió el embargo."

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ante quien se presentó la demanda, admitió ésta y la dio en traslado al Fiscal del Tribunal, quien lo evacuo manifestando que si no existían los antecedentes del embargo, era incuestionable el derecho invocado en la demanda. Aceptó algunos hechos, y respecto de otros manifestó que no le constaban.

Abierto el juicio a prueba, y practicadas y llevadas a los autos las que pidió el demandante, se confirió traslado de alegatos, del cual ambas partes hicieron uso. El Agente del Ministerio Público conceptuó que debía accederse a lo pedido en la demanda.

Vino luégo la citación para sentencia, y el Tribunal profirió la de 2 de junio de 1930, cuya parte resolutiva dice:

"No aparece que tenga suficiente respaldo judicial, legal ni administrativo, el embargo que de orden del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales inscribió el Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de Bogotá con fecha diez de abril de mil novecientos ocho, que corre en el tomo 1º del Libro de Registro de autos de embargo, a la página 48, bajo el número 55, con relación a la casa situada en esta ciudad, en la carrera 9ª, marcada en su puerta de entrada con el número 55, y comprendida dentro de los siguientes linderos:

"Por el frente, calle de por medio, con casa de Engracia Luna viuda de Juan Escobar y tiendas que fueron de Salvador Terán y hoy de Gregorio Barriga; por el costado derecho, con casa que fue de la mortuoria de Sixto Luna, hoy casa y solar de Manuel Gálvez; por el costado izquierdo, con casa y solar o corral denominado **El Redán**, que fue de la misma mortuoria y hoy es de Andrea Escobar de Romero, y con solares de las casas situadas en la acera sur o izquierda de la antigua carrera de Tacines,

hoy calle sexta al Sur, y por la espalda con solares de las casas de Ursula Delgado, Daniel Pinzón y Enriqueta González, que fueron del vendedor.

"Ordénase, en consecuencia, la cancelación de la inscripción de ese embargo, inscripción que fue hecha el diez de abril de mil novecientos ocho, por razón de un embargo decretado por el Juez de Ejecuciones Fiscales, en el juicio que se dice seguido por la Nación contra Juan C. Dávila, con fecha siete de abril de mil novecientos ocho.

"Líbrese oficio al Registrador de instrumentos públicos y privados del Círculo de Bogotá, para que haga dicha cancelación.

"No es el caso de hacer condenación en costas."

No fue apelada la sentencia, y por ello vino en consulta a esta Superioridad, en donde después de tramitar el asunto de conformidad con las disposiciones pertinentes de segunda instancia, se pasa a resolver lo que corresponde:

El Tribunal funda en los siguientes términos, que la Corte reproduce y acoge, la sentencia consultada:

"En el presente caso, está comprobado, con la copia debidamente presentada de la escritura número 1498 de fecha 17 de noviembre de 1883, otorgada ante el Notario 3º de esta ciudad, que el demandante es dueño de la finca a que hace alusión la demanda, lo cual indica que radica en él la personería para entablar la presente acción.

"Está comprobado igualmente con el certificado del Registrador de instrumentos públicos de este Círculo, que dicha finca fue embargada por orden del Juez de Ejecuciones Fiscales y que ese embargo se registró el 10 de abril de 1908, inscripción que se halla a la página 48 del tomo 1º, bajo el número 55, el cual está aún vigente.

"Se reduce, pues, el asunto a averiguar si existe o ha existido algún juicio ejecutivo o diligencias de embargo preventivo contra el demandante, que diera lugar a la inscripción aludida.

"Con el certificado del Contralor General de la República, que corre al folio 1º del cuaderno principal, aparece que el señor Dávila no ha sido empleado de manejo ni que por esta causa sea deudor del Tesoro Nacional.

"De los certificados expedidos por los Jueces 1º y 2º de Ejecuciones Fiscales Nacionales, que figuran en autos, aparece que en esos Juzgados nunca ha cursado contra el demandante juicio alguno ejecutivo, ni embargo alguno preventivo que haya dado lugar a que con fecha siete de abril de mil novecientos ocho, se hubiera decretado el embargo que aparece registrado con aquella fecha, según el certificado respectivo.

"Y como éstos serían los únicos casos que justificarían el embargo cuya cancelación se demanda, es lógico concluir que no apareciendo juicio de ninguna especie contra el señor Dávila, ni diligencia alguna que haya sido causa determinante para que se le haya embargado su casa; como se presume que los bienes están siempre libres de todo gravamen mientras no haya pendiente un juicio ajustado a todas las ritualidades legales o diligencias como las de secuestro preventivo, es el caso de resolver de acuerdo con las peticiones de la demanda."

El señor Procurador de la Nación, por su parte, conceptúa también que debe confirmarse la sentencia en vista de que en los Juzgados 1º y 2º de Ejecuciones Fiscales no se encontró constancia alguna de que hubieran cursado en ellos, en 1908, diligencias de embargo preventivo o juicios ejecutivos contra Dávila, en que se hubiera decretado el embargo de que se habla. Pero como a nadie, agrega el mismo funcionario, "se le puede hacer creer que el Registrador por su propia y omnímoda voluntad hubiera registrado el oficio número 249 de 9 de abril de 1908, falsificando un mandato judicial, hay que concluir que el expediente respectivo se evaporó sin dejar rastros ni señales. ¿Dónde está? Nadie lo sabe."

En virtud de todo lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia consultada. Y como de los mismos documentos que obran en el juicio aparecen indicios de que existió la ejecución a que se refiere el certificado del Registrador, y de su consiguiente desaparición, se dispone que por el Juez de la primera instancia se compulse copia de lo conducente y se pase al funcionario competente para la investigación del caso.

Notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero trece de mil novecientos treinta y uno.

Vistos:

El apoderado sustituto de The Dorada Extension Railway Limited, en el juicio a que este expediente se refiere, en escrito de fecha dos de diciembre del año próximo pasado, que presentó en tiempo hábil, fundado en las disposiciones de los artículos 100 de la Ley 105 de 1890 y 17 de la Ley 169 de 1896, pide se aclaren y determinen algunos puntos dudosos que, según su criterio, contiene la sentencia de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos treinta, dictada por esta Sala de la Corte.

Alguna de estas aclaraciones se refiere a un concepto emitido en la parte motiva del fallo que evidentemente está contradicho en la parte resolutiva; empero, este concepto que inadvertidamente fue tomado del proyecto primitivo presentado por el Magistrado doctor Rosales, no es suficiente para modificar el criterio del resto de la Sala, claramente expresado así en la parte dispositiva como en la motiva de la sentencia que se estudia. Además, ese concepto en manera alguna oscurece lo resuelto por la mayoría de la Sala; pues si bien se absuelve a la parte demandada respecto de una parte de la deuda que se declara prescrita, es también cierto que se reconoce la existencia en parte de la obligación a cargo de dicha parte demandada.

Ninguna duda puede suscitarse cuando en la parte resolutiva del fallo se declara la obligación en favor del Departamento del Tolima, sin mencionar para nada las otras entidades que en épocas anteriores formaron parte integrante de ese Departamento; y mal podía hacerse ninguna declaración a favor de entidades distintas de la que figura como actora en la demanda, porque se llegaría al absurdo de reconocer derechos que no han sido alegados, y de fallar sobre peticiones que no han sido hechas, excediéndose el juzgador en las facultades que la ley procedimental le asigna, quizá hasta llegar a la arbitrariedad que en manera alguna puede ser norma jurídica en los juicios. Si existieren relaciones jurídicas entre el De-

partamento del Tolima demandante y otras entidades, corresponde a ellas hacerlas valer, sin que esto sea obstáculo para que las prestaciones reconocidas a cargo de la Compañía demandada y en favor del Departamento del Tolima, y de las cuales se hace clara mención en la sentencia, puedan entenderse como declaradas en favor de otra entidad; y mucho menos se pueden involucrar aquellas relaciones jurídicas que no se discuten con la Compañía en el presente juicio, con lo que fue materia de la acción incoada y fallada. De todo lo cual se concluye que no es necesaria la declaración perentoria de que el Departamento del Tolima, autorizado para recibir la totalidad de la participación por cuenta del acreedor legítimo, y que el finiquito que el Departamento del Tolima otorgue cancela la totalidad de la obligación; porque, como ya se ha dicho, el derecho reconocido lo está en favor del Departamento del Tolima, y la obligación declarada lo ha sido a cargo de la Compañía demandada.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de hacer ninguna aclaración ni adición a la sentencia de que aquí se trata.

Cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial.**

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero diez y seis de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

El señor Gabriel Puche G., vecino del Municipio de Cartagena, instauró ante el Tribunal Superior del mismo lugar un interdicto posesorio contra la Nación, para que se le entregue un solar situado en la calle del puente **Dionisio Jiménez,** que, dice, es de su propiedad, y para que se hagan cesar los actos de perturbación de esa posesión, actos ejecutados por las autoridades del Municipio de Cartagena, por orden o disposición del Ministerio de Hacienda.

A su demanda acompañó los siguientes documentos:

a) Certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados del Círculo, sobre la propiedad del solar a que alude la demanda;

b) Nota original expedida por la Alcaldía de Cartagena, número 1172, de 20 de septiembre último, y dirigida al demandante, por medio de la cual se le ordena que suspenda la construcción que éste estaba verificando en el solar ya mencionado, porque según nota del Ministerio de Hacienda, ese lote es de propiedad de la Nación;

c) Copia de la Resolución número 45, dictada por el Inspector de Policía del Pie de la Popa, que ordena la suspensión de dicha obra, y de un telegrama del Ministerio de Hacienda a la Secretaría General de la Gobernación de Bolívar, en que ordena la indicada suspensión; y

d) Varias declaraciones de testigos, recibidas por el Juzgado 4º del Circuito de Cartagena, sobre la tenencia y posesión del solar expresado.

El Tribunal, por auto de fecha veintinueve de septiembre último, negó la admisión de la demanda por considerar que no corresponde a él el conocimiento de la primera instancia del juicio, desde luégo que—dice—no se trata de un juicio contencioso en que tenga parte la Nación, sino de uno de naturaleza completamente especial en la cual no hay contención de ninguna clase. Funda su resolución en lo dispuesto en el artículo 73, numeral 2º, del Código de Organización Judicial, en relación con el numeral 1º del artículo 7º de la Ley 169 de 1896.

El actor pidió reconsideración y revocación de esa providencia, pero el Tribunal negó la revocación y concedió la apelación interpuesta subsidiariamente. Esa la razón para que hayan subido los autos a la Corte.

Como el señor Procurador ya emitió el concepto respectivo, es llegada la oportunidad de resolver lo que sea del caso.

Con arreglo al artículo 7º de la Ley 169 de 1896, "los Tribunales Superiores conocerán en primera instancia:

"1º De los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación, con excepción de los que se expresan en el artículo 40 de la Ley 147 de 1888, cualesquiera que sean su naturaleza y su cuantía....."

Si, pues, el asunto a que se refiere la demanda de que se trata es contencioso, si en él tiene parte la Nación y si no está comprendido en los casos de excepción enumerados en el artículo 40 citado, en la disposición preinserta será infundado y no deberá subsistir el auto materia del recurso.

No puede revocarse a duda que los juicios posesorios de que trata el Capítulo VI, Título XI, Libro II del Código Judicial, de los cuales es uno el que pretende iniciar el señor Puche, son de carácter contencioso, pues jamás puede considerarse de jurisdicción voluntaria un juicio en que dos personas o entidades dicen ser dueñas y poseedoras de una finca raíz y en que una lo inicia para obligar a la otra a que le entregue tal finca y a que cese en sus actos de perturbación en ella. Entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria no hay término medio, y la circunstancia de ser más o menos sumario el juicio posesorio, según las respectivas reglas de procedimiento, no cambia su propia naturaleza. En el caso que se contempla resalta más, si cabe, la naturaleza contenciosa del juicio, puesto que el demandado puede oponerse a la demanda, contradecirla, presentar pruebas para infirmarla, etc., etc.

Que la Nación tiene parte en él, es indudable, comoquiera que es precisamente la entidad demandada; y como el caso contemplado no es ninguno de los excepcionales a que alude el artículo 40 ya nombrado, el conocimiento del asunto en primera instancia corresponde al Tribunal Superior.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, procediendo de acuerdo con la opinión del señor Procurador General y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **revoca** el auto de fecha veintinueve de septiembre último, dictado por el Tribunal de Cartagena, y dispone sea devuelto a ese Tribunal el expediente a fin de que aprehenda el conocimiento del asunto.

Cópiese esta providencia, notifíquese, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo diez de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos: ,

En virtud de la resolución de la Corte de fecha veinticinco de agosto último, por medio de la cual se declaró que el conocimiento de la primera instancia en este proceso correspondía al Tribunal Superior de Popayán, esta entidad, previos los trámites correspondientes, pronunció sentencia con fecha treinta de septiembre siguiente, decretando la expropiación, por causa de utilidad pública, de varias zonas de terreno necesarias para la carretera nacional del Suroeste, de propiedad de algunas entidades y particulares, de los cuales es uno Vicente Córdoba, quien apeló tanto de la sentencia referida (folio 18 vuelto, cuaderno 2°), como del auto de fecha quince de octubre del mismo año (folio 36), en que dispuso el Tribunal **a quo** que se entregaran a los demandados las sumas de dinero que les correspondían como valor de las zonas expropiadas, por conducto del representante de la Nación, o sea del señor Fiscal del Tribunal.

Como el apelante no ha expuesto los motivos que pueda tener para oponerse a las declaraciones hechas, o para considerar ilegales o injurídicos los fallos en referencia, ni ha sustentado su recurso en forma alguna, la Corte se limitará, al revisar tales providencias, a examinar si están arregladas al derecho positivo, en cuanto dicen relación al apelante, y si se cumplieron las fórmulas procedimentales propias de los juicios de esta naturaleza, para resolver la apelación pendiente.

Examinado el procedimiento adoptado por el Tribunal y la sentencia recurrida, así como también el avalúo, extensión, dimensión, etc., etc., de la zona de propiedad del apelante, a la luz de las Leyes 35 de 1915 y 84 de 1920, y demás que con ellas se relacionan, se concluye que el Tribunal cumplió todas las ritualidades de procedimiento y dictó la sentencia de acuerdo con las constancias del expediente y con las disposiciones legales relativas al derecho y al procedimiento.

La suma de ochenta y un pesos dos centavos ($ 81-02) que ordena la providencia apelada entregar al señor Córdoba es el total del avalúo de su zona expropiada, avalúo hecho legalmente y aprobado—por unanimidad de votos—por la Junta de Catastro de Timbía, Municipio donde está ubicada la zona en mención y de donde es vecino el recurrente Córdoba (folio 5°, cuaderno principal).

La zona es una de las a que se refiere el señor Presidente de la República en su Resolución ejecutiva número 26 de 1930, y allí figura con las mismas dimensiones con que fue avaluada (folio 2, cuaderno principal).

No se ve, pues, la razón de la apelación.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, procediendo de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia y el auto apelados y a que se ha venido haciendo referencia, dictados por el Tribunal Superior de Popayán.

Cópiese, notifíquese, esta providencia, publíquese en el órgano de la Corte, y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

Por auto de fecha veintiséis de mayo de mil novecientos treinta, el Tribunal Superior de Bogotá resolvió en este juicio ejecutivo seguido por la Nación contra Manuel F. Ochoa y otros, por pesos, poner en conocimiento de las partes una causal de nulidad que invalidaba lo actuado desde el proveído de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos veintitrés, en la parte de dicho auto que concedió la apelación para ante el Tribunal Superior de Medellín, y la actuación posterior del mismo.

Notificado ese auto personamente a todos los interesados, ninguno de ellos interpuso contra él recurso alguno, y antes bien el apoderado de Manuel F. Ochoa y Pedro Estrada G. manifestó expresamente que no allanaba la nulidad pendiente.

En vista de esta manifestación, dictó el Tribunal su auto de fecha diez y ocho de diciembre último, por el cual declaró nula la actuación antes mencionada. Como de esta última providencia se concedió apelación al señor Fiscal del Tribunal y se ha surtido ya la tramitación propia del recurso, se procede a dictar la correspondiente decisión.

No habiendo las partes formulado observación alguna al auto que ordenó poner en su conocimiento la nulidad, ni hecho valer contra él recurso de ninguna especie, dicho proveído se ejecutorió, y es, por tanto, ley del proceso, lo que equivale a decir que la existencia de la causal de nulidad allí calificada, no es hoy discutible, ni lo era cuando el Tribunal dictó la providencia recurrida. Esto hace que no sea procedente entrar a examinar si existe o nó la referida causal de nulidad al decidir el recurso interpuesto.

El auto sometido a revisión no es otra cosa que una consecuencia legal del que dispuso poner en conocimiento de las partes la nulidad, en relación con lo establecido en el artículo 134 de la Ley 105 de 1890, según el cual, si puesta en conocimiento de las partes una causal de nulidad, la que tiene derecho de pedir la reposición de lo actuado solicitare expresamente la anulación, se anulará el juicio desde el estado que tenía cuando ocurrió el motivo de nulidad.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el auto recurrido.

Cópiese y notifíquese esta providencia, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase el proceso.

LUIS F. ROSALES—**Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

PRUEBAS JUDICIALES

POR

ENRIQUE A. BECERRA

Importante obra teórica y práctica, en tres tomos. Dirigirse a Gabriel Vallejo P. Corte Suprema de Justicia. Valor de la obra, $ 7-50.

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, junio 2 de 1933. | Número 1876

Director, FERNANDO GARAVITO A.,

Relator de la Corte.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

El señor Germán Molina Callejas, haciendo uso de la acción pública del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, solicita que se declaren inexequibles la letra **i)** del artículo 3°, y el artículo 21 del Decreto ejecutivo número 553, de fecha 4 de abril de 1925, "por el cual se reglamenta el procedimiento administrativo en el denuncio de bienes ocultos del Estado."

Adjunto a la demanda se halla el número 19873 del **Diario Oficial,** en que corre publicado el Decreto que ha sido materia de la acusación.

Cumplida la formalidad legal previa de oír al señor Procurador, quien ha conceptuado en sentido adverso a la demanda, procede la Corte a resolver lo que corresponda sobre el mérito de la acusación.

Conviene, ante todo, conocer las disposiciones impugnadas, las cuales dicen lo siguiente:

"Artículo 3° El Ministro estudiará el memorial (se refiere al que debe dirigir la persona que quiera hacer denuncio de bien oculto) y dentro de diez días dictará la resolución correspondiente, ordenando, si fuere el caso, la celebración del contrato respectivo, en el cual se estipulará lo siguiente:

. . . . . .

"i) Que se fije la participación del denunciante en la forma y términos previstos por el artículo 21 de este Decreto."

"Artículo 21. La participación que corresponde a los denunciantes de bienes ocultos, se fijará en cada caso entre el Ministro y el contratista, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 del Código Fiscal, y tomando por base la estimación de la cuantía hecha bajo juramento por el denunciante, según lo prevé el artículo 7° de este Decreto.

"Si al verificarse el avalúo indicado en el artículo 6°, resultare que el precio de los bienes recuperados excede de la cuantía fijada bajo juramento por el denunciante, sobre tal exceso sólo se reconocerá a éste como participación el uno por ciento."

Tratando de exponer el denunciante los fundamentos de su acción, se refiere a las disposiciones transcritas, y dice lo siguiente:

"Es porque en esas disposiciones se desvirtúan, modifican y adicionan las de los artículos 29 y 30, letra d), del Código Fiscal, con la consiguiente directa violación, que el procedimiento entraña, de los principios consagrados en los artículos 57, 58 y 76, inciso 1°, y 120, numeral 3°, de la Constitución del país.

"En sentencia de veintisiete de noviembre de mil novecientos diez y seis **(Gaceta Judicial** número 1346), expuso esa honorable entidad:

'Dice la Constitución:

'Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa:

'Ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.'

'Como se ve, la Constitución sólo autoriza los actos **necesarios** (subraya la Corte) para el fin indicado.

'Al Poder Ejecutivo le está vedado modificar en lo mínimo las leyes que reglamenta. Si en algo las altera, se hace legislador: usurpa una función.

'Como se habla de leyes, se subentiende que el Poder Ejecutivo debe respetar tanto la ley que reglamenta como las otras leyes.'

"Igual doctrina ha sostenido la Corte en repetidas decisiones, y de ella se deduce que 'la potestad reglamentaria es la restricta, y está limitada al desarrollo natural y práctico de la ley que se reglamenta'; pero el Presidente de la República no puede, en razón de reglamentación, desconocer o desvirtuar las disposiciones esenciales y los fines de esa ley."

En seguida estudia el demandante los artículos del Código Fiscal que estima violados por el Decreto, por medio de las disposiciones acusadas; transcribe éstas, subrayando la parte final del inciso 1° del artículo 21, y luégo se expresa así:

"En la prescripción subrayada del inciso 1° y en el inciso 2° del copiado precepto, así como en la norma que establece la letra i) del artículo 3° del propio Decreto de que se trata, radica el fundamento jurídico de la presente acusación de inconstitucionalidad; porque es allí, precisamente, donde resaltan las modificaciones y adiciones que el Poder Ejecutivo imprime a los memorados artículos 29 y 30, letra **d),** del Código Fiscal, en términos que éstos no contienen, no consienten, y que, además, quebrantan la garantía que el artículo 31 de la Carta Nacional ofrece al denunciante del bien oculto enfrente al citado artículo 29 del Código Fiscal. Allí, efectivamente, el Presidente de la República no reglamenta: legisla; y esto es contrario a los principios constitucionales arriba citados."

Por último, el denunciante alude a la referencia que el artículo 21 del Decreto ejecutivo hace del 7° del mismo, el cual, según lo tiene establecido la Corte, en sentencia que con fecha equivocada cita aquél, sólo tiende a dar un medio para conocer, en abstracto, el valor o la cuantía

de los bienes sobre que haya de versar el contrato a que se remite el artículo 30 del Código Fiscal, y agrega que la determinación del porcentaje del denunciante, como lo estatuye este artículo, no puede depender de los dictados de un decreto presidencial de carácter general y permanente, sino del convenio especial celebrado entre el Ministro de Hacienda y el denunciante del bien oculto, de conformidad con lo preceptuado por el ya citado artículo 30. El peticionario concluye su acusación así:

"Establecida, como lo queda, la inconstitucionalidad del artículo 21 del Decreto en cuestión, a **fortiori** también lo está, por iguales razones, la del ordinal **i)** del artículo 3º ibídem, máxime cuando es notoria la modificación aditiva que éste imprime respecto del texto claro y preciso de la letra **d)** del artículo 30 del Código Fiscal.

"La declaratoria de inexequibilidad demandada, no sólo resulta de rigor, en holocausto a los arriba citados principios constitucionales, sino que asimismo se hace precisa para dar eficacia, consiguientemente, al artículo 12 de la Ley 153 de 1887, que dice:

'Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados **mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a doctrina legal más probable'** (subrayo).

"Y como este proyecto se inspira, evidentemente, en el principio contenido en el numeral 2º del artículo 120 de la Carta Fundamental, también debe influir, en asocio de éste, en el debate que promueve la presente demanda."

Para resolver lo que fuere procedente, se considera:

Ante todo, cabe observar que en cuanto las disposiciones del Decreto, que han sido acusadas, se refieren a violaciones de la ley, no corresponde a la Corte decidir nada al respecto, pues esa acusación compete al Consejo de Estado.

Mas en lo concerniente a violaciones constitucionales, parece que el acusador ha querido expresar, ya que apenas lo sugiere, que el Ejecutivo se ha extralimitado en el ejercicio de la potestad reglamentaria, establecida en el numeral 3º del artículo 120 de la Carta, y que, en consecuencia, ha violado los principios consagrados en los artículos 57, 58 y 76, inciso 1º, de la misma, así como lo dispuesto en el artículo 31, que salvaguardia los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas.

Debe examinarse, pues, si efectivamente las disposiciones acusadas son violatorias de los preceptos constitucionales mencionados.

La primera de las disposiciones aludidas, o sea la marcada con la letra **i)** del artículo 3º del Decreto ejecutivo número 553, de 4 de abril de 1925, dice que en la resolución que el Ministro de Hacienda y Crédito Público debe dictar sobre el memorial que dirija el interesado en el denuncio de un bien oculto, debe ordenar, si fuere el caso, la celebración del contrato respectivo, en el cual se estipulará lo siguiente:

. . . . . .

"**i)** Que se fije la participación del denunciante en la forma y términos previstos por el artículo 21 de este Decreto."

Y el artículo 21 de éste mismo señala el medio de fijar la participación que corresponde a los denunciantes de bienes ocultos, pero teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 del Código Fiscal, y sobre la base de la estimación de la cuantía hecha bajo juramento por el denunciante, según lo prevé el artículo 7º del propio Decreto.

Como se ve, la disposición de la letra **i)**, que ha sido acusada, asegura, ante todo, la fijación de la participación del denunciante, y señala para ello el procedimiento que debe seguirse con arreglo al Código Fiscal y de acuerdo con determinadas bases, ya que, mientras no se conozca por algún medio el valor de los bienes sobre que debe versar el contrato de bienes ocultos, no es posible fijar la participación del denunciante. Y tánto se garantiza el derecho de éste, que el inciso 2º del artículo 21, también acusado, indica el porcentaje que debe reconocerse como participación adicional al interesado en el denuncio, cuando el valor de los bienes recuperados—valor que resulta del avalúo hecho de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6º del Decreto—excede de la cuantía fijada bajo juramento por el mismo denunciante.

No se ve en qué forma violan estas disposiciones el artículo 31 de la Carta, ya que ellas no desconocen ni vulneran, en manera alguna, los derechos del denunciante de bienes ocultos, sino que, por el contrario, según se deja expresado, tienden a asegurar esos mismos derechos, dentro del tanto por ciento concedido por las leyes respectivas. Tampoco se ve porqué las mismas disposiciones son violatorias de los artículos 57, 58 y 76, inciso 1º, de la Constitución; pues si la primera consagra la limitación de los poderes públicos y el ejercicio separado de sus correspondientes atribuciones; si la segunda declara que la potestad de hacer las leyes reside en el Congreso, y que éste se compone del Senado y de la Cámara de Representantes, y la tercera atribuye a la misma entidad la interpretación, reforma y derogación de las leyes preexistentes, no quiere decir todo esto que por el hecho de que el Poder Ejecutivo, en ejercicio de la facultad que le concede el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, haya reglamentado el procedimiento administrativo en el denuncio de bienes ocultos del Estado, se haya salido de los límites que la Carta Fundamental le señala, comoquiera que con el Decreto en cuestión no se ha arrogado potestades que residen en el Congreso, ni ha interpretado, ni reformado, ni derogado leyes preexistentes, sino que simplemente se ha limitado a fijar una norma para la cumplida ejecución de leyes fiscales. Y es claro que esto se halla dentro de la potestad reglamentaria que al Ejecutivo le confiere el Estatuto.

Son suficientes las consideraciones que preceden para deducir que carece de fundamento la acusación intentada.

En tal virtud, la Corte Suprema, reunida en pleno, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no son inexequibles las disposiciones del Decreto ejecutivo número 553, de fecha 4 de abril de 1925, que han sido materia de la presente acusación.

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

PARMENIO CARDENAS—Francisco Tafur A.—José Miguel Arango—Enrique A. Becerra—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez. Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, marzo diez de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

El doctor Carlos H. Pareja, en libelo de fecha veintiuno de enero de mil novecientos treinta y dos, fundado en la disposición del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, y en ejercicio de la acción allí consagrada, pide que con audiencia del señor Procurador General de la Nación "se declaren inexequibles, por ser inconstitucionales, los artículos 2º y 6º (apartes **c)** y **d)**, y 13 (aparte **d)**, del Decreto ejecutivo número 945 de 1931 (mayo 29), 'sobre impuesto de canalización'; 2º y 16 del Decreto 1031 (junio 15), 'por el cual se adiciona y se modifica el número 945 de 29 de mayo del año en curso (1931), sobre impuesto de canalización,' y artículo único del Decreto número 1116 de 1931 (junio 30), 'por el cual se aplaza la vigencia de algunas disposiciones (impuesto de canalización),' por cuanto a virtud de ellos se ha cobrado en la República, desde el quince de julio de mil novecientos treinta y uno, el impuesto indirecto llamado antiguamente fluvial, y hoy de canalización, sin esperar a que transcurrieran seis (6) meses desde su establecimiento, como lo ordena expresamente el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, que es la disposición fundamental que hace inexequibles aquellas disposiciones ejecutivas, por estar ellas en contradicción con ésta."

Para probar su acción el demandante acompañó, debidamente autenticados, los **Diarios Oficiales** números 21704, 21718 y 21728, en donde aparecen publicados los decretos acusados, e hizo el siguiente comentario:

"El artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, dice:

'Ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento.'

"Para proceder con método, hagamos una historia del impuesto fluvial, llamado hoy de canalización (artículo 1º del Decreto 945 de 1931).

"El artículo 4º de la Ley 61 de 1878 creó el impuesto directo llamado fluvial, por el cual se grava a razón de cuarenta centavos ($ 0-40) los cien (100) kilogramos de toda carga que, de subida y bajada, conduzcan los buques de vapor que transiten entre los puertos de Barranquilla y Caracolí o Bodegas de Bogotá. Y el artículo 6º de esta misma Ley facultó expresamente al Poder Ejecutivo para reglamentarla dentro del perentorio término de treinta (30) días después de su sanción, y para fijar la época desde la cual debe principiarse la recaudación, es decir, el cobro del impuesto.

"Más tarde, el artículo 5º de la Ley 19 de 1879 derogó el 4º de la 61 de 1878, y por el 2º de la 19 citada, estableció que desde su sanción se empezaría a cobrar un impuesto de cuarenta centavos ($ 0-40) por cada carga que pasara de ciento veinticinco (125) kilogramos, y que de subida condujeran los buques de vapor que transitaran entre los puertos de Barranquilla o Cartagena y Caracolí o Bodegas de Bogotá u otros puntos intermedios. Según esta disposición quedó reformada propiamente la contenida en el artículo 4º de la Ley 61 de 1878, en el sentido de disminuír el gravamen por tonelada, y de hacerlo efectivo solamente a la carga que subiera el río Magdalena, excluyendo la de bajada, y que se transportara entre los puertos de Barranquilla y Cartagena, y no únicamente de Barraquilla y Caracolí o Bodegas de Bogotá, haciendo extensivo su cobro, además, a la carga que se movilizara de subida, claro está, entre los puertos intermedios.

"En 1881, la Ley 32, en su artículo 1º, elevó a cincuenta centavos ($ 0-50) el impuesto fijado por el artículo 2º de la Ley 19 de 1879, extendiendo su cobro a la carga de bajada, y no ya sólo a la que se movilizara en buques de vapor, sino también a la transportada en otra clase de embarcaciones. Incorpora, además, el puerto terminal de Santa Marta.

"Vino luégo la Ley 77 de 1887, cuyo artículo 1º reformó el gravamen establecido anteriormente, en el sentido de reducirlo a veinte centavos ($ 0-20) por cada carga de ciento veinticinco (125) kilogramos que bajara para la exportación, con algunas excepciones, y ordenó que se continuara cobrando el impuesto de cincuenta centavos ($ 0-50) por cada carga de mercancías extranjeras de ciento veinticinco (125) kilogramos de peso. Aclaró definitivamente que el impuesto, tal como lo fijaba, debía hacerse efectivo únicamente sobre la carga destinada a la exportación que bajara el río Magdalena y sobre la extranjera que se movilizara por dicha vía fluvial. El artículo 2º de la misma Ley 77 ordenó el cobro del impuesto desde la publicación de la Ley, y que las mercancías estaban obligadas a pagarlo una sola vez.

"Por último, la Ley 33 de 1915 hizo extensivo el impuesto fluvial (el determinado por la Ley 77 de 1887), a todas las vías donde se halle establecido o que se establezca el servicio de navegación, exceptuando los víveres de producción nacional y los materiales destinados a los hospitales y empresas declaradas de utilidad pública.

"Ese impuesto de un peso con sesenta centavos ($ 1-60) sobre cada tonelada de carga de exportación, y de cuatro pesos ($ 4) sobre cada tonelada de mercancía extranjera o de importación, se vino haciendo efectivo en todos los ríos de la Nación, hasta que la Ley 4ª de 1931 facultó, por el inciso **b)** de su artículo 2º, para reducir o aumentar el impuesto fluvial que gravara los artículos enumerados en dicha Ley 4ª, y que no son otros que los alimenticios, comprendidos en los numerales 1º a 57, inclusive, del artículo 1º de la Ley 62 de 1931. La misma Ley 4ª mencionada, por el inciso **e)** del artículo 2º citado, autorizó al Gobierno Nacional para hacer uso de la autorización establecida en el inciso **b)**, de acuerdo con la prerrogativa que le otorga la parte final del artículo 1º del Acto legislativo número 24 de 1898. Parece que el legislativo quiso autorizar expresamente al Gobierno, aunque en forma confusa y discutible, por esta disposición del inciso **e)**, para que el aumento o disminución que sobre impuesto fluvial decretara sobre las mercancías de que trata la Ley 4ª de 1931, entrara en vigencia cuando el Ejecutivo ordenara, sin sujeción a los preceptos constitucionales en vigor.

"Posteriormente, la Ley 41 de 1931, en su artículo 3º, autorizó al Gobierno Nacional para fijar el impuesto fluvial en forma equitativa, pudiendo eximir de ese gravamen los artículos de producción nacional, inclusive las maderas. Virtualmente lo autorizó para fijar su cuantía, según la clase de mercancía que gravara, a su prudente arbitrio; lo facultó para señalar las exenciones convenientes, siempre que éstas hicieran referencias a artículos de producción nacional y a las maderas.

"La Ley 62 de 1931 confirmó por segunda vez, en su artículo 4º, las autorizaciones otorgadas al Poder Ejecutivo por la Ley 4ª de 1931, exclusivamente en lo tocante a los artículos enumerados en dicha Ley 4ª.

"Ahora bien: si el artículo 3º de la Ley 41 de 1931 facultó al Ejecutivo para **fijar** equitativamente la cuantía del gravamen del impuesto fluvial, según la clase de mercancías que gravara, y para determinar exenciones, no dijo nada en absoluto con respecto a la época de vigencia de las modificaciones que en virtud de esas autorizaciones hiciera, quedando tales modificaciones sujetas al precepto constitucional que reza el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, cuando tales modificaciones implicaran un aumento de impuesto o un nuevo impuesto.

"En desarrollo de la Ley 41 de 1931, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto número 945 de 1931, por el cual se modifican radicalmente las leyes existentes sobre impuesto fluvial en lo que respecta a la cuantía del gravamen, a la clase de mercancía que gravara, al procedimiento del recaudo, a las demás circunstancias que su reglamentación exigía y a la época de su vigencia.

"Efectivamente, por el artículo 6º del Decreto citado (945 de 1931), clasificó la mercancía extranjera o de importación que se internara al país, haciendo uso de una vía fluvial o de canalización diferente, y de acuerdo con la enumeración del arancel aduanero establecido por la Ley 62 de 1931 y las demás providencias que lo modifican. El primer grupo, aparte **a**), del artículo 6º, antes mencionado, comprende los artículos alimenticios y de primera necesidad, los cuales pagan a razón de un peso con cincuenta centavos ($ 1-50) por tonelada, y hace la enumeración respectiva de los artículos que abarca; el segundo grupo, aparte **b**), del mismo artículo 6º, enumera las materias primas y artículos indispensables para la industria, los cuales grava a razón de tres pesos ($ 3) la tonelada; el grupo tercero, aparte **c**), del tal artículo 6º, clasifica y enumera los artículos para el comercio corriente, que no se consideran de lujo, y los somete a un impuesto de seis pesos ($ 6) la tonelada, y, finalmente, el cuarto grupo, aparte **d**), del tan repetido artículo 6º, obliga a pagar doce pesos ($ 12) la tonelada a los artículos que considera de lujo, y cuya lista exhibe.

"Los dos primeros apartes **a**) y **b**), o los dos primeros grupos, sufren una rebaja del impuesto fluvial o de canalización, puesto que la Ley 77 de 1887, artículo 1º, ordenaba continuar cobrando el impuesto de cincuenta centavos ($ 0-50) por cada carga de mercancía extranjera de ciento veinticinco (125) kilogramos, o sea cuatro pesos ($ 4) por cada tonelada de mil (1,000) kilogramos, que había fijado el artículo 1º de la Ley 32 de 1881, y que era el mismo que se hacía efectivo hasta el momento de entrar en vigencia el Decreto número 945 de 1931, en referencia. Los dos últimos grupos, apartes **c**) y **d**), por el contrario, sufrieron un aumento o alza, ya que pagaban el gravamen de cuatro pesos ($ 4) por tonelada de mil (1,000) kilogramos, establecido por las mencionadas Leyes 32 de 1881 y 77 de 1887, hasta poner en vigor lo resuelto por el Decreto número 945 de 1931, tántas veces citado.

"Además por el artículo 13 de este Decreto número 945 de 1931, aparte **d**), se fijó el día primero de julio de mil novecientos treinta y uno para empezar a regir las tasas señaladas en los apartes **c**) y **d**) del artículo 6º del mencionado Decreto número 1031 de 1931, y más tarde aplazada por el artículo único del Decreto número 1116 de 1931, para el quince de julio del año próximo pasado, que fue cuando comenzó a regir en todo su rigor.

"De lo anteriormente expuesto, se desprende la siguiente conclusión:

"Los gravámenes de seis pesos ($ 6) y de doce pesos ($ 12) por tonelada, establecidos por el Poder Ejecutivo en los apartes **c**) y **d**) del artículo 6º del Decreto número 945 de 1931 para las mercancías allí enumeradas, por cuanto constituyen un aumento del antiguo impuesto fluvial, no podían cobrarse sino seis meses después de promulgada la Ley (en este caso del Decreto número 945 de 1931), que estableció dichos gravámenes. Siendo así que el Decreto número 945 de 1931 fue promulgado el día veintinueve de mayo de mil novecientos treinta y uno, sólo el veintinueve de noviembre siguiente pudieron comenzar a cobrarse esos gravámenes constitucionalmente, de donde se desprende que en el tiempo intermedio fue inconstitucional el cobro efectuado, y el Decreto no pudo producir efectos en ese tiempo. Para que el Ejecutivo hubiera podido efectuar tales cobros antes del veintinueve de noviembre, habría sido necesario que dispusiera de 'precisas facultades extraordinarias' que le permitieran poner en vigor los aumentos de gravámenes decretados dentro de lo exceptuado por el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910. Careciendo de esas facultades, la inexequibilidad de las disposiciones acusadas queda fuera de duda.

"En consecuencia, os pido que declaréis inexequibles, y sin ningún valor ni efecto, al menos en el espacio de tiempo comprendido entre el veintinueve de mayo y el veintinueve de noviembre de mil novecientos treinta y uno, las disposiciones acusadas y a que me he referido al comienzo de esta demanda."

Para resolver lo que se estima constitucional, la Corte, después de oír el parecer adverso a la inexequibilidad, emitido por el señor Procurador General de la Nación, avanza las siguientes consideraciones:

De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 41 de 1931, que rige desde la sanción de la misma, el legislativo autorizó al Gobierno "para que fije el impuesto fluvial en forma equitativa, pudiéndose eximir de ese gravamen a los artículos de producción nacional, inclusive las maderas," quedando autorizado también el Gobierno para "exonerar del pago del impuesto de introducción, a las tuberías y maquinarias para acueducto, cuando estas obras sean de propiedad municipal."

Mediante los Decretos números 945, 1031 y 1116 de 1931, el Ejecutivo Nacional, ejercitando la autorización que el legislador le había conferido, reglamentó la percepción del impuesto fluvial, llamado también de canalización; y por obra de reformas sucesivas, tales Decretos sólo vinieron a tener aplicación, respecto de las tasas fijadas, desde el primero de julio de mil novecientos treinta y uno, según las disposiciones de los artículos 2º del Decreto 945, numeral **d**); del artículo 13 del mismo Decreto, y el artículo 16 del Decreto 1031 citado; tasas que, según lo demuestra el actor, unas veces aumentan el impuesto fijado por la ley anterior, y otras lo disminuyen en relación con la misma ley.

Ahora bien: si como el demandante lo reconoce, "para que el Ejecutivo hubiera podido efectuar tales cobros antes del veintinueve de noviembre, habría sido necesario que dispusiera de precisas facultades extraordinarias, que le permitieran poner en vigor los aumentos de gravámenes decretados dentro de lo exceptuado por el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910," se hace preciso averiguar si el Ejecutivo careció o nó de tales facultades, para determinar si es el caso de adecuar la interpretación al criterio del demandante, o si la decisión debe serle contraria.

La disposición del artículo 69, como se ha visto, cuando se refiere a la efectividad de los impuestos o contribuciones indirectas, no autoriza el cobro de su aumento sino seis meses después de promulgada la ley que lo establece. Así también la disminución y el alza del impuesto especial de aduanas están sujetos a las normas determinadas por el artículo 1º del Acto legislativo del Congreso, Ley 24 de 1898, cuyo segundo inciso declara que esta disposición y la del artículo 204 de la Constitución que está sustituído, según lo reconoce el mismo actor, por el 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, "no limitan las facultades extraordinarias del Gobierno, cuando de ellas está investido."

La Ley 4ª de 1931 (8 de enero), publicada en el **Diario Oficial,** de fecha nueve de enero de mil novecientos treinta y uno, y que empezó a regir, por consiguiente, de acuerdo con las normas generales, el diez de marzo del mismo año, dice:

"Artículo 2º De conformidad con lo dispuesto en el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias:

"a) Para reducir o aumentar en las Aduanas de la República los derechos de aduana sobre los artículos expresados en la presente Ley.

"b) Para reducir o aumentar los impuestos de tonelaje y fluvial sobre los mismos artículos y sobre los de igual naturaleza que se produzcan en el país.

"c) Para reducir o aumentar los precios de transportes de los artículos mencionados, en las empresas oficiales de transportes, y para recabar de los particulares las mismas medidas, cuando lo juzgue conveniente.

"d) Para que tome las medidas y decrete las providencias que considere convenientes a fin de evitar el monopolio o el acaparamiento de víveres.

"e) Para hacer uso de las facultades extraordinarias que por esta Ley se le confieren, de acuerdo con la prerrogativa que le otorga la parte final del artículo 1º del Acto legislativo número 24 de 1898.

"Parágrafo. El Gobierno, para hacer uso de las autorizaciones otorgadas por la presente Ley, oirá el concepto de la Comisión de Aduanas, creada por el artículo 4º de la misma.

"Artículo 3º De las facultades concedidas en la presente Ley, y de la adicional de reformar o derogar los decretos, podrá hacer uso el Presidente de la República hasta el veinte de julio de mil novecientos treinta y uno.

"El Gobierno pasará al Congreso, en los primeros diez días de sus sesiones ordinarias, una exposición motivada de las providencias que dicte, y un proyecto de ley comprensivo de todas las supresiones, rebajas y aumentos que hubiere decretado en relación con los impuestos a que esta Ley se refiere, a fin de que el Congreso, sobre estas bases, pueda fijar el arancel definitivo."

Según los términos de estas disposiciones, dictadas de acuerdo con la norma del artículo 76, numeral 10, de la Constitución, se trata de verdaderas facultades extraordinarias conferidas por el Congreso al Presidente de la República, con toda precisión respecto de la materia a que ellas se refieren, esto es, para reducir o aumentar los impuestos de tonelaje y fluvial sobre los productos que se introduzcan por las Aduanas de la República, mencionados en el artículo 1º de la Ley 4ª citada, o que se produzcan en el país; y por el carácter temporal que tales facultades tienen, desde luégo que el legislador señaló la época en que podría hacer uso de ellas, esto es, hasta el veinte de julio de mil novecientos treinta y uno.

Además, obsérvese que la misma Ley hizo referencia a la prerrogativa que otorga la parte final del artículo 1º del Acto legislativo número 24 de 1898, es decir, que por obra de las facultades extraordinarias de que se investía al Gobierno, él puede decretar aquellos aumentos o disminuciones de los impuestos de tonelaje fluvial ya mencionados, antes de transcurridos los seis meses después de promulgada la ley que los establezca. Y precisamente, en ejercicio de esta atribución, fue por lo que el Presidente de la República dictó los decretos acusados, fijando las tasas de los impuestos de que se trata, y señalando la fecha desde la cual debieran hacerse efectivos; decretos que rigen desde la fecha en ellos indicada y que fueron expedidos antes del veinte de julio de mil novecientos treinta y uno, fecha hasta la cual duró el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas. De manera que no es por obra de la disposición del artículo 3º de la Ley 41 de 1931, como el Gobierno pudo hacer la fijación de las tasas de que aquí se trata, sino por virtud de las facultades extraordinarias conferidas por los artículos 2º y 3º de la Ley 4ª del mismo año; pudiendo concluírse que aquella disposición, la del artículo 3º de la Ley 41 citada, pudo ser innecesaria para los fines que el legislador se propuso, y de consiguiente, no es en ella en donde tales decretos encuentran su fundamento constitucional.

En un caso semejante, la Corte, según sentencia de fecha treinta de septiembre de mil novecientos veintinueve, publicada en el número 1822 de la **Gaceta Judicial,** dijo:

"A todo lo anterior, la Corte observa:

"Es verdad que el artículo 205 de la Constitución Nacional fue sustituído por el artículo 1º del Acto legislativo de 1898, pero únicamente en lo que establecía el inciso 1º de aquella disposición, pues el inciso 2º, que se refería tanto al mismo artículo 205 como al 204 de la Constitución, quedó exactamente como estaba en el artículo 205, y que dice:

'Esta disposición y la del artículo 204 de la Constitución, no limitan las facultades extraordinarias del Gobierno cuando de ellas está investido.'

"De modo que desde la vigencia del Acto legislativo de 1898 rigió el principio constitucional de que las variaciones en la Tarifa de Aduanas se harían efectivas en la forma y tiempo que indica el inciso 1º del artículo 1º del Acto legislativo, salvo cuando el Gobierno está investido por el Congreso de facultades extraordinarias, y en que, por consiguiente, pudiera disponer que tales variaciones se comenzaran a hacer efectivas en forma y tiempo distintos, porque entonces no le obligaba la limitación consagrada en el inciso 1º de dicho Acto legislativo.

"En mil novecientos cinco fue expresamente derogado el artículo 204 de la Constitución por el Acto legislativo número 4 del mismo año, quedando así en vigor tanto para las contribuciones indirectas como para la materia especial de las variaciones en la Tarifa de Aduanas, el precepto consignado en todo el artículo único del Acto legislativo de 1898, porque en lo tocante a las contribuciones indirectas en general no se estableció principio distinto del que consagraba el expresado artículo 204 de la Constitución.

"En mil novecientos diez, el Acto legislativo número 3, y en su artículo 69, restableció el principio consagrado en

el artículo 204 de la Constitución para las contribuciones indirectas, pero no derogó el Acto legislativo de 1898, lo que se comprueba leyendo el artículo E de las disposiciones transitorias de aquel Acto legislativo, que dice:

'Quedan derogadas las disposiciones de la Constitución Nacional de cinco de agosto de mil ochocients ochenta y seis, que sean contrarias al presente Acto legislativo, y todos los actos legislativos expedidos por la Asamblea Nacional anteriores al presente.'

"No menciona esta disposición transitoria entre las que deroga el Acto legislativo de 1898, que por otra parte, no fue expedido por la Asamblea Nacional sino por el Congreso de ese año; luego tal Acto legislativo está vigente, y así lo ha declarado la Corte en varios fallos, entre otros, en el que figura publicado en los números 1189 y 1190 de la **Gaceta Judicial** (año XXIII).

"Estando, pues, vigente el Acto legislativo o Ley 24 de 1898, en él pudo apoyarse el Congreso para otorgar al Gobierno la facultad extraordinaria de poner en vigencia impuestos indirectos antes del tiempo que señala el inciso 1º del mismo Acto legislativo, y antes también del tiempo que fija el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910.

"Ahora, como esto es lo que declara por tiempo limitado y sobre materia también determinada el artículo 12 de la Ley 106 bis, tal disposición, lejos de ser inexequible, se ajusta a lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del expresado Acto legislativo de 1898, en relación con el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional."

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, reunida en pleno, de acuerdo con las conclusiones 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 son inexequibles, como contrarias a la Constitución, las disposiciones de los artículos 2º, 6º (apartes **c**) y **d**), y 13 (aparte **d**), del Decreto ejecutivo número 945 de 1931 (mayo 29), "sobre impuesto de canalización"; 2º y 16 del Decreto número 1031 (junio 15), "por el cual se adiciona y modifica el número 945, de 29 de mayo del año en curso (1931), sobre impuesto de canalización," y artículo único del Decreto número 1116 de 1931 (junio 30), "por el cual se aplaza la vigencia de algunas disposiciones" (impuesto de canalización).

Cópiese, publíquese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial**; remítase copia de este fallo al señor Ministro de Gobierno, y archívense las diligencias.

PARMENIO CARDENAS—**Francisco Tafur A.—Enrique A. Becerra—José Miguel Arango—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, marzo veintinueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Manuel de J. Navia y otros ciudadanos, vecinos de Garzón, en el Departamento del Huila, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 41 de la Enmienda constitucional de 1910, han pedido a la Corte se declare inexequible la Ley 123 de 1931, "por la cual se traslada un Juzgado de Circuito," a causa de estimarla violatoria del precepto constitucional contenido en el artículo 156 del Estatuto, y de los artículos 6º de la Ley 34 de 1918 y 7º de la 73 de 1917.

Apóyase la demanda en estas consideraciones:

"Primera. El artículo 156 de la Constitución Nacional radicó en el Poder Legislativo la organización de los Juzgados inferiores, así llamados los que en orden descendente siguen a los Tribunales Superiores, dejando que la ley cumpliera y desarrollara aquel precepto, que por sí mismo no puede cumplirse.

"Segunda. Este encadenamiento de la ley a la Constitución en todo lo que se relaciona con la organización de los Juzgados inferiores, hace que las violaciones de las leyes dictadas en desarrollo del principio constitucional, sean también, por lógica y razonable consecuencia, violaciones de aquel principio. Así lo ha declarado la Corte en varias decisiones.

"Tercera. El legislador, llamado a proveer la apremiante necesidad de orden público, de tener una administración de justicia al alcance de todos los asociados, dictó primero la norma contenida en el artículo 7º de la Ley 73 de 1917, y después extendió esta misma norma al caso que señala el artículo 6º de la Ley 34 de 1918, quedando así los actos del legislador sobre creación y traslación de Juzgados de Circuito, dentro de una secuela imperativa y rígida, para consagrar el sagrado campo de acción del Poder Judicial, apartado de combinaciones en que pudieran entrar como factores las conveniencias de la política.

"Cuarta. La Ley 123 del año que termina, cuya inexequibilidad demandamos, dice textualmente:

'Artículo 1º Trasládase a la ciudad de Pitalito el Juzgado 3º del Circuito de Garzón, creado por el artículo 4º de la Ley 68 de 1925, integrándolo con los Municipios de San Agustín, La Concepción, Elías, Timaná, y Pitalito, que será su cabecera.

'Este Juzgado conocerá promiscuamente de los asuntos civiles y criminales.'

"Y esta Ley cuando entró en proyecto a la consideración de las Cámaras, no llevó el pasaporte que debiera haber llevado, esto es, el cumplimiento previo de los requisitos exigidos en los artículos 6º de la Ley 34 de 1918 y 7º de la Ley 73 de 1917. La lectura de la exposición de motivos que aparece publicada en el número 53 de los **Anales de la Cámara de Representantes**, fecha diez y ocho de septiembre postrero, y que antecede al proyecto, constata esta afirmación.

"Quinta. La letra del texto de la transcrita Ley 123, denuncia a la simple vista la violación de los artículos 6º y 7º de las Leyes 34 y 73, ya citadas; pues la expresión **trasládase**, indicativa de un cambio de lugar o sitio de funcionamiento, es incongruente con la expresión **reintegrándolo**, es decir, constituyéndolo, traída como complementaria del acto de traslación, incongruencia reveladora de que el autor del proyecto, abrogándose la facultad que sólo tenía la Cámara para iniciar directamente el debate de la traslación del Juzgado 3º del Circuito de Garzón a la ciudad de Pitalito, proyecto que la Cámara hubiera hecho redactar de manera lógica y correcta, apeló a una fórmula que no se compadece ni con la acción de trasladar ni con la de constituir o crear con Municipios segregados tácitamente de la jurisdicción del Juzgado del Circuito de Garzón, formada por el artículo 23 de la Ley 23 de 1912, el nuevo Circuito Judicial de Pitalito, segregación que así hecha, hace aparecer como

que la Ley 123 'por la cual se traslada un Juzgado de Circuito' reformara a la Ley 23 de 1912, 'sobre división territorial judicial' con una ley que ni traslada ni crea un nuevo Circuito, por la violación de las normas que el legislador ha establecido en desarrollo de un principio constitucional para trasladar y crear Juzgados de Circuito.

"Sexta. Al interpretar como acto de traslación lo que manda la Ley 123 supracitada, resultaría que la persona nombrada para desempeñar el Juzgado 3º del Circuito de Garzón, podría pasar a actuar con ese mismo nombramiento y esa misma posesión al nuevo Circuito de Pitalito, constituído con una parte de la jurisdicción que tenía como tal Juez, lo que pugna con lo dispuesto en el artículo 8º del Código de Organización Judicial.

"Séptima. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, llamado a velar por la buena administración de justicia dentro del territorio de su jurisdicción, no ha solicitado la creación del Circuito Judicial de Pitalito, ni la traslación allí del Juzgado 3º del Circuito de Garzón, y antes sí ha manifestado la conveniencia de conservar en esta sección del país la actual división territorial judicial."

Enterado de la demanda el señor Procurador, emitió concepto adverso a ella, por estimar que la ley acusada no viola el artículo 156 de la Carta.

Para decidir lo que corresponda, la Corte considera:

El artículo 156 de la Constitución establece:

"La ley organizará los Juzgados inferiores, y determinará sus funciones y la duración de los Jueces."

El artículo único de la Ley acusada dispone:

"Trasládase a la ciudad de Pitalito el Juzgado 3º del Circuito de Garzón, creado por el artículo 4º de la Ley 68 de 1925, integrándolo con los Municipios de San Agustín, La Concepción, Elías, Timaná, y Pitalito, que será su cabecera.

"Este Juzgado conocerá promiscuamente de los asuntos civiles y criminales."

La simple confrontación de estas dos disposiciones hace comprender que la segunda de ellas no es opuesta a la primera, sino que, antes bien, es su aplicación y desarrollo, comoquiera que propende a la organización de un Juzgado de Circuito, mediante la determinación del territorio de su jurisdicción, de su cabecera y de la clase de negocios que debe conocer.

No puede decirse, como lo sostiene la demanda, que los artículos 7º de la Ley 73 de 1917 y 6º de la 34 de 1918, que señalan determinadas condiciones para la creación de nuevos Juzgados Superiores y de Circuito y para la traslación de un Juzgado a otro lugar, sean disposiciones necesarias para que tenga cumplimiento el artículo 156 de la Constitución, como lo demuestra claramente el hecho de que antes de la expedición de tales ordenamientos ya existían Juzgados Superiores y de Circuito organizados, y leyes que establecían esa organización.

Mas aun suponiendo que el artículo 156 del Estatuto Fundamental no pudiera cumplirse sin la existencia de las disposiciones legales mencionadas, no por ello quedarían éstas erigidas en cánones constitucionales, caso en el cual sólo podrían reformarse en dos legislaturas sucesivas, ni la observancia de dichas disposiciones implicaría quebrantamiento de la Constitución.

Sobre este particular la Corte reproduce y acoge los siguientes pasajes del concepto del señor Procurador:

"Las alegaciones de los acusadores tienden a demostrar que el violado no es el artículo 156 de la Constitución, sino los artículos 7º de la Ley 73 de 1917 y 6º de la Ley 34 de 1918.

"El primero de esos artículos dispone que para la **creación de nuevos Juzgados** se requieren varias circunstancias que enumera esa disposición. Y el artículo 6º de la Ley 34 de 1918 preceptúa que para la creación de Circuitos Judiciales y traslación de ellos, se exigirán los mismos requisitos señalados en el artículo 7º de la Ley 73 de 1917.

"De manera que los argumentos de la demanda conducen a demostrar no que el legislador violó el artículo 156 de la Constitución, sino que ese mismo legislador no cumple sus propias leyes.

"Pero la misión de la Corte no es la de entrar a estudiar si una ley es contraria a otra ley. Su misión es más alta, y está claramente definida por el artículo 41 del Acto reformatorio número 3 de 1910; 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**.

"Y es que dentro del orden constitucional no hay propiamente leyes violatorias de otras leyes. Desde que el legislador obre dentro de ese orden, puede derogar, expresa o tácitamente, otras leyes anteriores, y disponer lo contrario de lo que éstas preceptuaban, sin que ningún otro Poder pueda coartarle esa libertad, que es el ejercicio de una atribución constitucional."

Como se ve, vuelve a presentarse ahora, con motivo de la Ley 123 de 1931, el mismo problema surgido con motivo de la Ley 4ª de 1927, que creó el Distrito Judicial de Pereira, con su Tribunal y Juzgado Superior y empleados correspondientes.

La acusación de entonces, del todo análoga a la de hoy, que se basa en no haberse llenado los requisitos de las disposiciones pertinentes de las Leyes 73 de 1917 (artículo 7,º y 34 de 1918, artículo 6º), y en que por ello se violó el artículo 156 de la Constitución Nacional, prosperó en aquella ocasión en que, por siete votos contra cinco, de los señores Magistrados que salvaron el suyo, tuvo mayoría el concepto de las disposiciones legales que organizan y reglamentan un precepto constitucional, y le dan eficacia práctica, participan de la naturaleza o calidad del mismo, al punto de que, faltar a ellas, es faltar a éste. (Esa sentencia, que es de diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta, se halla publicada en el número 1838 de la **Gaceta Judicial**, volumen XXXVI, páginas 363 a 370).

En los cinco salvamentos a que acaba de aludirse, se sostiene la tesis contraria, o sea la de que esas disposiciones no pasan a participar de la calidad de constitucionales, y no dejan de ser sólo ley, en razón de su referida finalidad y alcance.

Este concepto es el que ahora prevalece para la presente sentencia, como queda visto en la exposición precedente, a que se agregan estas consideraciones:

Si las leyes del referido carácter genérico que dan vida práctica a preceptos constitucionales, o que son indispensables para la efectividad de éstos, hubieran de reputarse parte integrante de los mismos y participantes por ello de esta calidad, serían Constitución y no meras leyes el Código de Organización Judicial, por ejemplo, o la que organizó los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Si las leyes de aquella clase hubieran de reputarse como participantes de la referida calidad, su derogación o reforma requeriría la tramitación repetida y dilatada indispensable para las reformas constitucionales, lo que no sería posible exigir, dadas las disposiciones de la Constitución, que establecen el modo de dictar las leyes.

Para la atañedero a esa potestad en sí misma, la Constitución no distingue entre leyes y leyes; no forma, por ejemplo, la clase de las generales y de las especiales, para limitar esa potestad o dar a cada clase distinta tramitación en su discusión, debates, etc.

Con esta potestad tiene el Congreso la de enmendarlas, la de derogarlas expresa o tácitamente, y aun la de apartarse de ellas.

El citado artículo 41 de la memorada reforma constitucional de 1910, al atribuír a la Corte Suprema la guarda de la Constitución, la faculta exclusivamente para confrontar una ley dada con los preceptos de cuya violación se le acusa, y para declararla inexequible si halla fundado el cargo; pero no para hacer tan grave declaración, porque el legislador, al dictar una ley, se aparte de lo que otra ley haya establecido.

El ejercicio de tan singular y excelsa facultad no cabe, ni ésta asiste a la Corte, cuando la discrepancia ocurre entre una ley y otra ley, por especial o circunscrita que sea la una y por general que sea la otra. Ambas, repítese, son leyes, y esto basta para que, no siendo de Constitución sino de ley lo que se dice violado, no quepa prosperidad en la demanda en que sólo esto sea lo que acontece, o más propiamente, no se halle la discrepancia con precepto constitucional que es indispensable como acaba de verse.

Siendo las leyes genéricas de que aquí se ha hecho mención, una ordenación hacia la marcha regular del ramo de actividades respectivo, ocurre a primera vista el temor, cuandoquiera que se las desoye, de que la nueva ley que esto hace se aparte de esa regularidad armónica y de la equidad y del interés general que son de suponerse, buscados por esa ley genérica. Ese temor puede ser infundado en muchos casos, en que el legislador salta las vallas trazadas por él mismo, porque busca el bien general, evitando males mayores de los que se deriven de aparecer él desoyendo sus propios mandatos. Pero dando por sentado que a todo trance fuera preferible siempre obedecer esas leyes generales, aun sacrificando otros intereses, y aun dando campo a que se produzcan otros males, ello es que al dictar las leyes nuevas el legislador no hace sino ejercitar su facultad de hacerlas, que la Constitución le confiere y le asegura.

Como ya se dijo, la demanda en el presente caso acusa la Ley 123 de 1931 de violatoria del artículo 156 de la Constitución; pero, como también ya se dijo, no se halla que este precepto haya sido violado por una ley que dispone lo que aquélla dispone, siendo así que traslada, integra o crea un Juzgado, y que ese artículo 156, ya transcrito, establece que "la ley organizará los Juzgados inferiores y determinará sus funciones y la duración de los Jueces."

A la mayoría de siete votos sobre los cinco de los salvamentos a que atrás se aludió, ocurrida cuando se declaró inexequible la Ley 4ª de 1927, sucedió ahora—sin duda por los cambios habidos de entonces a hoy en el personal de los Magistrados que integran la Corte—un empate, esto es, seis votos por cada una de las tesis allá y aquí expuestas.

De ello se dedujo, de conformidad con el artículo 59 del Código Judicial, la intervención de Conjuez, y que el proyecto del señor Magistrado sustanciador, cuya votación había dado lugar al empate, se sometiese a una nueva discusión y votación, ya con el Conjuez.

Al cerrarse esta segunda discusión y procederse a la votación consiguiente, el proyecto fue aprobado. Verificada la votación, se hallaron ocho votos en pro y cinco en contra, figurando entre aquéllos el del Conjuez. La comparación de estas dos cifras hizo ver que uno de los señores Magistrados, que había votado negativamente en la primera ocasión, adhirió a la afirmativa en la segunda discusión y votación de que se habla.

En vista de la desaparición del empate, en razón del cual hubo de ocurrirse a Conjuez, se presentó la duda de si éste había de continuar interviniendo, duda que se decidió en sentido afirmativo, en atención a que la intervención del Conjuez había avanzado hasta la discusión y voto del proyecto.

Por estas razones, la Corte Suprema, reunida en pleno, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no hay mérito para declarar inexequible, en el concepto en que ha sido acusado, el artículo único de la Ley 123 de 1931.

Pásese copia al señor Ministro de Gobierno.

Publíquese, cópiese, insértese en el órgano de la Corte y archívese el expediente.

PARMENIO CARDENAS—**Franciso Tafur A.—Enrique A. Becerra—José Miguel Arango—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Juan C. Trujillo Arroyo**—El Conjuez, **Ricardo Hinestrosa Daza—Augusto N. Samper**, Secretario.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

Mi salvamento de voto se limita a exponer las razones en que se apoyó la Corte, en dos decisiones anteriores, relativas a las formalidades a que debe ajustarse el Congreso para la creación de Tribunales y Juzgados.

Dicen esos fallos:

"Razones de alta conveniencia impusieron la expedición de esta Ley, para metodizar la división territorial judicial sobre bases científicas y equitativas. Las precauciones adoptadas allí por el legislador eran de una conveniencia evidente. Había que poner fin al caos legislativo en una de las ramas más importantes de la Administración Pública.

"Es, pues, indudable que el Cuerpo Legislativo quiso trazarse a sí mismo normas rígidas y precisas en materia de división territorial judicial, y mientras dicha Ley no haya sido derogada, sería aventurado desconocer su validez, especialmente por el Gobierno, en su condición de Poder colegislador.

. . . . . .

"En el proyecto que ahora se remite para su sanción, que tuvo origen en la Cámara de Representantes, se hicieron creaciones de puestos y de entidades del ramo Judicial que, si en algunos puntos coinciden con el proyecto del Gobierno, en la mayor parte carecen de los requisitos exigidos en la mencionada Ley 73 de 1917, lo cual indica que al prescindir el proyecto de los requisitos de esta Ley, le falta la base sólida de la estadística, reputada, con justa razón, como indispensable por la Ley 73 de 1917, tántas veces citada. Ya se dijo que no pudo ser sino la conveniencia pública, es decir, elevadas razones

de orden público, la razón determinante para que el Poder Legislativo, así como se imponen reglamentos que lo obligan en su régimen interior, se ligara a sí mismo en obsequio de una recta administración de justicia por medio de una ley que, dicho sea de paso, puede derogar cuando lo estime conveniente, pero que mientras tanto debe ser obedecida, pues no hay orden posible ni libertades públicas que no se funden en la ciega observancia de las leyes."

. . . . . .

"La Corte declaró inexequible la Ley 77 de 1926, en cuanto para la creación de Distritos Judiciales, plazas de Magistrados, Juzgados Superiores y de Circuito no se ajustó a las normas generales consignadas para ese efecto en el artículo 7º de la Ley 73 de 1917, dictada con el fin de que tuvieran cumplimiento los artículos 153 y 156 de la Constitución Nacional.

"Por consiguiente, toda ley que tenga por objeto creaciones de esa especie, ha de sujetarse a las exigencias del artículo 7º de la Ley 73 de 1917. La Ley 4ª de 1927 creó un Distrito Judicial y un Juzgado Superior en Pereira, Departamento de Caldas, sin la concurrencia de todos los requisitos establecidos en la 73 de 1917, porque expresamente dice el parágrafo 3º del artículo único de aquélla, que para esa creación no eran necesarios tales requisitos; luego la Ley 4ª de 1927 es inexequible, como opuesta a los artículos 153 y 156 de la Constitución y a la Ley 73 de 1917, que les da cumplimiento. Para que esta última Ley y el fallo de la Corte que se ha citado, dejen de aplicarse, es preciso, o que aquélla sea derogada, o que por medio de una de carácter general u otra causa especial de necesidad manifiesta y urgente, no se estime necesaria la concurrencia de aquellos requisitos para la creación de Distritos Judiciales, plazas de Magistrados, Juzgados Superiores y de Circuito en la República. Pero establecer una excepción para un caso particular, dejando subsistente la misma ley que consagra la regla general, es violarla, hacerla nugatoria en su aplicación a voluntad del legislador, y violar también el precepto contenido en el artículo 153 de la Constitución; porque, como lo declaró la Corte en la sentencia de fecha nueve de abril de mil novecientos veintisiete **(Gaceta Judicial,** números 1720 y 1721), donde se lee:

'Ahora, la Corte tiene sentada la doctrina de que cuando un precepto constitucional no puede cumplirse por sí mismo sin la existencia de una ley que determine los casos y la manera de llevarse a cabo, las violaciones de esa ley son violaciones de la misma Constitución en las disposiciones en que tal precepto está consignado. Caso éste muy distinto del ordinario en que el legislador simplemente desarrolla otras disposiciones constitucionales, y ejerce atribuciones que le son propias....'

"Cosa enteramente igual ocurre en el caso que aquí se contempla con la Ley 73 de 1917, en que el legislador se trazó, como dice el señor Presidente de la República, 'normas rígidas y precisas para metodizar la división territorial judicial sobre bases científicas y equitativas, como son las de la estadística,' para proceder conforme a las disposiciones constitucionales que se transcribieron (artículos 153 y 156 de la Constitución) a la creación de Tribunales Superiores, plazas de Magistrados, Juzgados Superiores y de Circuito, en la República. Desde luégo el legislador puede previamente derogar esa Ley cuando a bien lo tenga, pero mientras subsista, tiene que ajustar a ella tales facultades. Por consiguiente, disposiciones que de **hecho**, como dice la Corte en los fallos anteriores, se apartan de esas normas precisas, son violatorias de las disposiciones constitucionales citadas."

Conviene advertir que con este fallo se rompió la Jurisprudencia de la Corte sobre el particular, viniendo a quedar estos fallos en contradicción, contribuyendo con ellos a mantener el caos legislativo en materia de división territorial judicial, que fue uno de los fines primordiales que se propuso alcanzar el legislador al expedir la Ley 73 de 1917, Ley que no queda derogada por las leyes que crearon el Tribunal de Pereira, y que trasladan a Pitalito el Juzgado 3º de Garzón, como lo asevera la Corte, al decir que una ley se deroga por otra ley, ya que las leyes que crearon esas entidades jurídicas no dicen que la Ley 73 quede derogada, ni ellas reglamentan la materia para que pudiera considerarse tácitamente derogada.

Bogotá, marzo 29 de 1933.

José Miguel Arango

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Enrique A. Becerra en el fallo que precede.

Para demostrar la trascendencia de la doctrina sentada en este fallo por la Corte, en contradicción con otras anteriores, debo hacer el siguiente comentario, que deja a salvo mi criterio sobre el particular.

Existen en nuestra Carta Fundamental disposiciones tales como las de los artículos 156 y 169, en las cuales disposiciones el constituyente dejó al legislador la facultad de estatuír, según las circunstancias y las necesidades de cada época, todo aquello que realice la efectividad de los mandatos allí contenidos.

Esos preceptos constitucionales, para que sean eficaces, esto es, para que garanticen los derechos a que se refieren, exigen una reglamentación fija y general, en forma que en determinadas circunstancias no vengan a constituír privilegios odiosos, excepciones caprichosas y una desigualdad jurídica que pugna con los principios democráticos que informan nuestra organización política.

Estos objetivos obligan al legislador a ser consecuente con las disposiciones que desarrollan aquellos principios constitucionales; de suerte que el criterio opuesto, fundado en la facultad que él tiene para derogar, reformar e interpretar las leyes preexistentes, no puede ser aplicado, en tratándose de esas leyes reguladoras, para obrar en contra de las mismas, y por vía de excepción en un caso particular, sin que previamente haya satisfecho el imperativo lógico de reformar o derogar esas leyes. Porque si es de la esencia de la ley el ser general, es decir, que sus disposiciones obliguen a todos los súbditos, es ilógico que esas leyes puedan subsistir con ese carácter de universales, si el propio legislador, sin derogarlas expresamente, las desatiende en sus mandatos; perdiéndose de esta manera su cualidad de permanentes, y llegándose al absurdo de que hubo un momento en que el obrar del legislador suspendió para entonces la eficacia de la ley, habiendo ella regido **antes** y **después** de ese momento; habiendo ella establecido obligaciones o derechos durante su vigencia **anterior** y **posterior** al obrar del legislativo, y habiéndose desconocido esas obligaciones en un momento en que el legislador obró en sentido contrario, sin haber declarado antes que su voluntad soberana mo-

dificaba la **anterior y posterior** situación jurídica que sus mandatos establecían.

Hé aquí las razones que la Corte tuvo en cuenta para considerar como obligatorias para el legislador las determinaciones que él mismo se dio en desarrollo de aquellos principios constitucionales; porque si esas determinaciones son oportunas para el desarrollo del organismo jurídico en la época en que fueron dictadas, deben subsistir; y si no lo son, deben ser derogadas o reformadas en el sentido que las circunstancias exijan; pero esa derogación o reformación en estos casos debe proceder de una manifestación expresa, que revele el claro intento del legislador, no de un simple hecho, que precisamente nada declara, nada manifiesta, nada prueba, pecando de esta manera contra la definición que de la ley se ha dado siempre, bien desde el punto de vista abstracto, cuando se dice que es la "ordenación de la razón encaminada al bien común, dictada por el que tiene el cuidado de la comunidad," o bien desde el punto de vista positivo, cuando se define como la "declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional." De manera que no es un simple hecho lo que constituye esa declaración, sino una ordenación, una manifestación, algo que revele el intento plausible del legislador de satisfacer las necesidades comunes.

Ahora bien: desde un punto de vista verdaderamente elevado, desde un plano espiritual de previsión política, con un criterio de estadistas, es necesario apreciar la nueva doctrina como excesivamente peligrosa acerca de las atribuciones del Cuerpo Legislativo. Este antecedente, sin limitación alguna, lo autoriza para obrar de modo caprichoso, para satisfacer nó las necesidades comunes, sino simplemente las tendencias regionales, locales e individuales; no es el bien común el que, según la legislación, debe prevalecer, sino el particular. Si las leyes no obligan al cuerpo que las dicta, si de hecho él puede derogarlas en un momento, dejándolas subsistentes para el futuro, esto es, a la vez que un privilegio que quita la universalidad y permanencia de la ley, es también la dictadura legislativa que pone a merced de los cuerpos encargados de estatuír, bien los derechos patrimoniales del individuo, ora las facultades que en el campo administrativo la sociedad concede.

Y no es que se trate de leyes que sean Constitución, sino de leyes que desarrollan principios constitucionales, que deben ser permanentes, mientras el legislativo no las derogue; principios que son garantías individuales o sociales que deben prevalecer sobre la voluntad del legislador, porque constituyen una situación que se tuvo en cuenta como base necesaria de la constitución del Estado, que no puede subsistir sin la estabilidad de esa situación, so pena de hacerse amo y señor de esos derechos, con menoscabo del patrimonio jurídico de los asociados.

Y no son razones de simple procedimiento legislativo las que aquí se aducen, y no es porque leyes de esta naturaleza equivalgan al Código de Organización Judicial, ni a la que organiza los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; y no es porque en la Constitución se distinga entre leyes-leyes, entre leyes generales y leyes especiales, como puede el Congreso enmendar unas y derogarlas expresa o tácitamente y aun la de apartarse de ellas; nó. Es que la Corte Suprema, por virtud de la atribución del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, encargada de la guarda de la integridad de la Constitución, si de un lado confronta la ley con preceptos constitucionales, de cuya violación se le acusa, para declarar la inexequibilidad si halla fundado el cargo, de otro no es esa confrontación simple comparación de términos o vocablos gramaticales, sino apreciación de principios de conveniencia social, de interés público, de necesario fomento y progreso, de igualdad de derechos, de estabilidad de las instituciones, en fin, labor de estadistas, que considerando a la Constitución como un organismo viviente, hacen que ella produzca el resultado que las necesidades reclaman en orden a la libertad, a la justicia y al derecho.

Razón tuvo la Corte cuando, al dictar este fallo, hubo de sentar los siguientes conceptos, que corroboran los antes declarados por el suscrito:

"Siendo las leyes genéricas de que aquí se ha hecho mención, una ordenación hacia la marcha regular del ramo de actividades respectivo, ocurre a primera vista el temor, cuandoquiera que se las desoye, de que la nueva ley que esto hace se aparte de esa regularidad armónica y de la equidad y del interés general que son de suponerse buscados por esa ley genérica. Ese temor puede ser infundado en muchos casos en que el legislador salta las vallas trazadas por él mismo, porque busque el bien general, evitando males mayores de los que se deriven de aparecer él desoyendo sus propios mandatos. Pero dando por sentado que a todo trance fuera preferible siempre obedecer esas leyes generales, aun sacrificando otros intereses y aun dando campo a que se produzcan otros males, ello es que al dictar las leyes nuevas el legislador no hace sino ejercitar su facultad de hacerlas, que la Constitución le confiere y le asegura."

Razón tiene la Corte para temer que su doctrina produzca los graves males que el suscrito anota: hasta aquí la eficacia de las leyes que regulan la creación de nuevos municipios; hasta aquí las leyes que estatuyen las condiciones de la expropiación, o mejor dicho, de la enajenación forzosa; nada valen desde ahora las leyes que reglamentan la inspección de las industrias y profesiones, en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas; las que determinan la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas públicas de transportes o conducciones, y las que exigen títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus similares, y de la de abogado; las que determinan los casos particulares de incompatibilidad de funciones; las de responsabilidad de los funcionarios y el modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación, y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público; de las que determinan los casos y las formalidades en que pueden ser suspendidos los Jueces o Magistrados; de las que señalan las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar; de las que estatuyen el sistema de reemplazos del Ejército, así como las que establecen las condiciones para los ascensos, derechos y obligaciones de los militares; de las que señalan los casos en que los militares pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, etc., etc., etc.

Así, pues, con fundamento en la nueva doctrina de la Corte, ya veremos puestas en vigor leyes que, haciendo caso omiso de las formalidades establecidas como necesarias a la eficacia de los principios constitucionales, rigen, no obstante la existencia de éstas y su vigencia posterior al acto legislativo que las viola, con menoscabo

de los derechos consagrados en la Constitución, que fueron regulados por leyes de carácter general.

Bogotá, marzo 29 de 1933.

Enrique A. Becerra

—

Adhiero al anterior salvamento de voto del señor Magistrado doctor Enrique A. Becerra.

Bogotá, marzo 29 de 1933.

Ignacio González Torres

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

Las mismas razones que obraron en mi ánimo cuando suscribí las decisiones de esta honorable corporación, de nueve de abril de mil novecientos veintisiete y de diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta, me obligan a salvar mi voto en esta que suscribo ahora: en aquellos fallos se sustenta la doctrina, que he creído y sigo creyendo sana, jurídica y de alta trascendencia, de que "cuando un precepto constitucional no puede cumplirse por sí mismo sin la existencia de una ley que determine los casos y la manera de llevarlo a cabo, las violaciones de esa ley son violaciones de la misma Constitución en las disposiciones en que tal precepto está consignado. Caso éste muy distinto del ordinario, en que el legislador simplemente desarrolla otras disposiciones constitucionales, y ejerce atribuciones que le son propias." Las razones que tuvo la Corte para llegar a esta conclusión, ya las ha expuesto muy acertadamente mi distinguido colega el señor doctor Enrique A. Becerra, en su salvamento de voto que antecede, y ello me dispensa repetirlas aquí. Sirvieron esas razones para que la Corte, en uso de la sagrada misión que le confiere el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, por el cual "se le confía la guarda de la integridad de la Constitución," declarara—como declaró—inexequibles algunas disposiciones de las Leyes 67 de 1926 y 4ª de 1927, como opuestas a los artículos 153 y 156 de la Carta Fundamental, toda vez que en ellas se prescindió de los requisitos que, en cumplimiento de esos preceptos constitucionales, estableció la Ley 73 de 1917. Hoy la Corte, en uso de la misma sagrada misión de mantener la integridad de la Constitución, condena aquella doctrina, desautoriza sus fallos anteriores a que me he referido, y da al público la desconsoladora impresión de romper su jurisprudencia, ya sentada en materia constitucional, como lo anota el honorable Magistrado doctor José Miguel Arango, contribuyendo así "a mantener el caos legislativo en materia de división territorial judicial."

No han podido convencerme las razones expuestas por la mayoría de la Corte para adoptar esta decisión que, respetuosamente, estimo gravísima y de mucha trascendencia social.

Bogotá, marzo 29 de 1933.

Germán B. Jiménez

—

Adhiero a los salvamentos de los señores Magistrados doctores Enrique A. Becerra y Germán B. Jiménez, en que se sostiene la doctrina sentada por la Corte en varios fallos, que desconoce hoy el fallo anterior.

Bogotá, marzo 29 de 1933.

Francisco Tafur A.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Juan E. Martínez.

Conceptúo que desde el momento en que desapareció el empate por haber adherido, en la última votación, al proyecto del señor Magistrado ponente uno de los que sostenían la tesis contraria, cesó la intervención del señor Conjuez.

Es lo cierto que siete Magistrados apoyan la sentencia que precede y cinco disienten de ella; de donde se sigue que en esta pieza, en que aparece el estado actual del asunto, no existe empate. Si lo hubo durante la discusión y dejó de haberlo al producirse una mayoría de Magistrados, la jurisdicción del señor Conjuez perdió su fundamento o razón de ser.

A este punto de organización se refiere mi salvamento, que aquí consigno con el respeto debido, a la decisión de la mayoría sobre el particular, y sin menoscabo del mucho aprecio que tengo por el distinguido jurista que ha actuado de Conjuez.

Bogotá, 29 de marzo de 1933.

Juan E. Martínez

—

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, marzo treinta de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

El doctor Augusto Ramírez Moreno demanda la declaración de inexequibilidad del Decreto número 911 de 1932, dictado por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias que le confirieron las Leyes 99 y 119 de 1931, y por el cual se reforman las leyes orgánicas de la contabilidad oficial y del Departamento de Contraloría.

Señala el demandante como violados con el referido Decreto los artículos 57, 58 y numerales 1º, 7º y 8º del artículo 76 de la Constitución Nacional, e indirectamente el numeral 10 del mismo artículo 76, y fundamenta su demanda de la siguiente manera:

"Primero. El Decreto mencionado viola directamente el artículo 57 de la Constitución Nacional, que dispone que todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones; sin que valga objetar que el Presidente de la República en este caso estaba investido de facultades extraordinarias que le permitían dictar esa clase de disposiciones e ir hasta derogar leyes preexistentes; porque, como lo diré más adelante, tales facultades son precisas, y el Decreto nunca ha podido dictarse fundado en ellas.

"Segundo. Viola también el artículo 58 de la Constitución Nacional, por cuanto que la potestad de hacer leyes reside en el Congreso; y conforme al artículo 76, que también lo juzgo violado, sólo por medio de ellas se pueden ejercer las atribuciones de que hace uso el Poder Ejecutivo en cada una de las disposiciones del mencionado Decreto.

"Tercero. Viola especialmente los numerales 1º, 7º y 8º del mismo artículo 76, por cuanto que el Decreto reforma y deroga leyes preexistentes, crea el empleo de Contralor General Auxiliar, le quita al Auditor General la atribución de reemplazar al Contralor en la falta absoluta, hasta que el Congreso llene la vacante, y, por último, regula determinados puntos del servicio público.

"Cuarto. Viola indirectamente el numeral 10 del artículo 76, en que tienen su fundamento las leyes expedidas por el Congreso, y que dan al Presidente las facultades extraordinarias de que dice hacer uso, puesto que dicho numeral sólo consagra la atribución de revestir al Presidente de **precisas facultades extraordinarias**, y en ese sentido se expidieron aquellas leyes, por cuanto que en ellas se dijo que, de conformidad con lo dispuesto por el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas que sean **precisamente indispensables** para conjurar la crisis por que atraviesa el país. Y no se puede, en sana lógica, deducir que las medidas de que trata el Decreto sean desde ningún punto de vista precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país. Lejos de eso, la necesidad del control que las leyes han establecido en las épocas normales se acrecienta, y debe tomar proporciones de desarrollo en las épocas normales, como que es la economía la mejor defensa de los intereses fiscales del país, la base de la riqueza, y ésta no puede existir sin una contabilidad ordenada de la Hacienda Pública y una fiscalización absoluta o control de las finanzas en todas las dependencias de la Administración Pública."

Habiéndose acogido el concepto del señor Procurador, quien lo emitió en sentido favorable a la exequibilidad del decreto acusado, procede la Corte a dictar el correspondiente fallo.

El artículo 4º de la Ley 99 de 1931 es del siguiente tenor:

"De conformidad con lo dispuesto por el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país. Pero el Gobierno no podrá, en virtud de estas autorizaciones, establecer monopolios que no hayan sido decretados por leyes anteriores.

"Parágrafo 1º Para la adopción de dichas medidas, el Presidente de la República consultará previamente a una Junta que nombrará las Cámaras, y que se compondrá de seis miembros, elegidos tres por cada una de ellas.

"Parágrafo 2º De las autorizaciones que se conceden por el presente artículo, hará uso el Presidente de la República hasta el 31 de diciembre del corriente año.

"Parágrafo 3º De las medidas que se tomen, el Presidente de la República y la Junta que se crea por esta Ley, darán cuenta al Congreso, actualmente reunido, para información del país."

Vino posteriormente la Ley 119 del mismo año (1931), y en sus artículos 1º y 2º estableció:

"Prorrógase hasta el 31 de julio de 1932 el plazo señalado por el artículo 4º de la Ley 99 de 1391, para que el Presidente de la República ejerza las facultades extraordinarias de que se le reviste por dicha disposición.

"Al ponerse en receso las Cámaras Legislativas quedará suprimida la Junta Consultiva interparlamentaria, creada por la Ley 99 del presente año, y el Presidente de la República podrá hacer uso libremente de las facultades extraordinarias de que por esa Ley y por la presente se le ha investido."

En uso de las facultades a que se refieren las disposiciones transcritas, el señor Presidente de la República dictó el Decreto número 911 de 1932, por el cual se reforman las leyes orgánicas de la contabilidad oficial y del Departamento de Contraloría, y se suspenden varias disposiciones de la Ley 42 de 1923, de la 64 de 1931 y de otras leyes.

El señor Procurador condensa el problema suscitado por la demanda, de la siguiente manera, que la Corte encuentra en un todo exacta:

"Considero que todos los argumentos que expone el demandante en pro de la tesis que sustenta, pueden sintetizarse en éste:

"El Decreto acusado no contiene medidas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país; por consiguiente, dicho Decreto está fuera de las autorizaciones conferidas al Presidente de la República por la Ley 99 de 1931 y la Ley 119 del mismo año. Si este argumento es verdadero y lógico, es necesario admitir sus otros argumentos y conclusiones. Pues claro es que si el Decreto está fuera de las autorizaciones extraordinarias de que estuvo investido el Gobierno, con él se hubo de violar el artículo 47 de la Constitución, por no haberse mantenido el Poder Ejecutivo dentro de la esfera de sus respectivas atribuciones; en tal hipótesis, con él se conculcaron los artículos 58 y 76 de la misma, por haberse dictado una ley por el Gobierno cuando la facultad de hacer leyes corresponde al Congreso, y en especial hubieran sido desconocidos los numerales 1,º 7º y 8º de esta disposición, por haber aquél ejercido determinadas funciones que ellos atribuyen concretamente a la ley. En cambio, si el Decreto encaja dentro de las atribuciones de que el Gobierno se encontraba investido, el Decreto es constitucional, y, como es claro, se desvanecen todos los argumentos de la demanda."

Las Leyes 99 y 119 de 1931 invistieron, como se ha visto, al Presidente de la República de "facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país."

Dos condiciones deben llenarse de acuerdo con los términos de la disposición preinserta, para que un decreto dictado por el Presidente de la República pueda considerarse comprendido dentro de las facultades extraordinarias conferidas al Jefe del Estado por las precitadas leyes, a saber: que verse sobre materia fiscal o económica, y que contenga medidas que fueran precisamente indispensables para la conjuración de la crisis económica por que atraviesa el país a tiempo de expedirse las citadas leyes.

Como el Decreto acusado regula una materia fiscal, desde luégo que trata de la organización de la contabilidad oficial y del Departamento de Contraloría, es indudable que se llena el primero de los requisitos indicados.

En cuanto al segundo, el de que las medidas tomadas en el Decreto fueran precisamente indispensables para la conjuración de la crisis, envuelve él una cuestión de hecho, que en gran parte correspondía apreciar al Gobierno, ya que sólo él poseía en su conjunto el plan económico y financiero cuyo desarrollo debía influír en el remedio de la grave situación fiscal y económica que ha venido pesando sobre el país a consecuencia de las repercusiones que en la economía nacional ha producido la crisis mundial. De ahí que el mismo Gobierno fuera el llamado en primer término a apreciar la conveniencia y necesidad de los actos gubernativos que hubieran de expedirse en desarrollo de las autorizaciones; pues la

misma Ley había confiado a su tino y discreción la elección de tales medidas, con la sola condición de que fueran precisamente indispensables para la conjuración de la crisis.

En estas circunstancias sería necesario que apareciera de manifiesto que las disposiciones del Decreto acusado no reunían la condición expresada, para que la Corte pudiera llegar a la conclusión cierta de que al dictar dicho Decreto el Gobierno, había extralimitado las facultades conferidas por el legislador.

No apareciendo, como no aparece, de manifiesto la falta del indicado requisito, es menester admitir que las disposiciones del Decreto se amoldan a las respectivas autorizaciones, ya que para resolver lo contrario no tendría fundamento alguno esta corporación, y ya que las violaciones a la Constitución deben aparecer de manera clara, para que la Corte pueda hacer una declaración al respecto.

En armonía con lo expuesto y con la opinión del señor Procurador, la Corte Suprema, obrando en Sala Plena, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es inexequible, en el concepto en que ha sido acusado, el Decreto ejecutivo número 911 de 1932, "por el cual se reforman las leyes orgánicas de la contabilidad oficial de la Nación y del Departamento de Contraloría."

Pásese copia al señor Ministro de Gobierno.

Notifíquese, cópiese, insértese en el órgano de la Corte y archívese el expediente.

PARMENIO CARDENAS—**Francisco Tafur A.—José Miguel Arango—Enrique A. Becerra—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez. Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Juan C. Trujillo Arroyo. Augusto N. Samper,** Secretario.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

Las Leyes 99 y 119 de 1931 no autorizaron expresamente al Ejecutivo para reformar y suspender la Ley 42 de 1923, por la cual se creó el Departamento de Contraloría, pero estima la Corte que las mentadas Leyes lo autorizaron de manera amplísima para tomar todas las medidas que el Ejecutivo creyere necesarias, financieras y económicas, para conjurar la crisis por que atraviesa el país; cuestión ésta de hecho que corresponde apreciar al Gobierno, por ser él más capacitado para apreciar esas circunstancias, a menos que apareciere de manifiesto que las disposiciones del Decreto no reúnen esa condición.

Pues bien: para el Magistrado disidente, el Decreto no llena esa condición, por ser meramente adjetivo, ya que se concreta a determinar que el Departamento de Contraloría será una oficina de contabilidad y control fiscal, a dar atribuciones al Contralor, a determinar las condiciones necesarias para la celebración de contratos, fianzas de los empleados de manejo y otras disposiciones de mera contabilidad, las cuales, a mi entender, en nada aliviarán la situación económica y fiscal, la cual no se mejoraría porque la contabilidad sea llevada en esta o en aquella forma. Por ello creo que el Decreto está fuera de las atribuciones del Ejecutivo.

Bogotá, 30 de marzo de 1933.

José Miguel Arango

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, abril primero de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

El señor Eduardo González Gaitán, en ejercicio de la acción popular que consagra el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, en su condición de ciudadano colombiano, y en demanda de fecha primero de julio del año de mil novecientos treinta y dos, pide que, mediante los trámites correspondientes, y previa audiencia del señor Procurador General de la Nación, se declare que son inexequibles, por inconstitucionales, los artículos 1º y 2º del Decreto 2082 de 1931 (noviembre 26), "por el cual se ejecuta y reglamenta en parte el artículo 1º de la Ley 105 de 1931," Decreto dictado por el Poder Ejecutivo, que se halla publicado en el número 21853 del **Diario Oficial**, correspondiente al 28 de noviembre de 1931, publicación que acompaña a su demanda.

Oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, quien se opone a las declaraciones pedidas, la Corte pasa a resolver lo que estima jurídico, considerando:

Fundamentos de la acción son los siguientes:

Que el artículo 1º del Decreto citado es contrario al artículo 57 de la Constitución Nacional, relacionado con los artículos 58 y 76, atribución primera, de la misma, porque según el primero, "todos los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones," de suerte que el Poder Ejecutivo no puede inmiscuírse en asuntos propios de otros poderes; y como la potestad de hacer las leyes reside en el Congreso, y según el artículo 76 de la Carta "corresponde al Congreso hacer las leyes," y por medio de ellas ejercer la atribución de interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes, según el criterio del actor estas disposiciones han sido violadas por los artículos 1º y 2º del Decreto en cuestión, cuando declaran suprimidos los Juzgados de Prensa y Orden Público, y en cuanto atribuyen al conocimiento de los negocios pendientes en esos Juzgados a los Jueces de Circuito correspondientes; porque sin menoscabar los principios constitucionales expuestos, no puede el Ejecutivo "por medio de un simple decreto, interpretar una ley, como lo ha hecho con la 105 de 1931, hasta el extremo inconcebible de que esa interpretación—si así puede llamarse tan insólito procedimiento—implique no sólo la reforma de una ley preexistente, como la 69 de 1928, sino la derogación parcial de esa misma Ley 69, derogación que aparece manifiesta y surge inequívoca en la práctica de lo estatuído en los artículos 1º y 2º del Decreto número 2082 de 1931, a que me he referido."

"La Ley 69 de 1928 creó los Juzgados de Prensa y Orden Público (artículo 3º), y les atribuyó privativamente (artículo 3º), es decir, con exclusión de cualquiera otra autoridad judicial (artículos 150, 151 y 157 de la Ley 105 de 1931), el conocimiento y castigo de cierta clase de delitos (numerales 1º a 5º del artículo 3º de la Ley 69 de 1928). El Excelentísimo señor Presidente de la República, 'en uso de sus facultades legales,' como dice el preámbulo del Decreto 2082 de 1931, declara por medio de este acto **suprimidos** los Juzgados de Prensa y Orden Público, y asigna el conocimiento y castigo de los delitos que éstos juzgaban, a los señores Jueces de los respectivos Circuitos."

Continúa luégo el actor, con fundamento en la disposición del artículo 25 del Código Civil, haciendo consi-

deraciones tendientes a demostrar su tesis, de que al Poder Ejecutivo no le corresponde la facultad de interpretar las leyes, y concluye:

"Aun suponiendo que el Libro 1º de la Ley 105 de 1931 regule íntegramente la organización judicial de la República, no es aplicable, en el caso de que me ocupo, el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, que dice:

'Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una nueva ley que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.'

"Y el asunto es claro a la faz de este mandato legal, porque la Ley 105 de 1931 no derogó expresamente, en todo ni en parte, la 69 de 1928; porque no siendo especial la Ley 105 de 1931, no puede estimarse que la Ley 69 de 1928, que es especial, pugne con disposiciones especiales posteriores, y porque la nueva Ley, es decir, la 105 de 1931, podrá regular íntegramente una materia, o sea la organización judicial y el procedimiento civil, pero no regula para nada la materia a que la **anterior disposición**, es decir, la Ley 69 de 1928, se refería; porque esta última Ley, especialísima si las hay, se refiere a disposiciones 'sobre defensa social' y no a organización judicial propiamente dicha ni a procedimiento civil, sino, entre otras cosas, a un procedimiento penal especial, preventivo y punitivo, **sui géneris**, si se quiere, y a la existencia de Tribunales especiales ejecutores de ese procedimiento. Y tampoco es verdad que la Ley 105 de 1931, 'sobre organización judicial y procedimiento civil,' regule íntegramente las materias a que su título se refiere, porque, por ejemplo, en materia de procedimiento civil han quedado vigentes las reglamentarias de la abogacía (62 de 1928 y 21 de 1931); la que establece el procedimiento para constituir el patrimonio de familia no embargable (70 de 1931); la que señala el procedimiento para obtener la declaración de pertenencia (120 de 1928); la que atribuye a las Cámaras de Comercio la calidad de tribunales de comercio y señala sus funciones y modo de proceder (28 de 1931); la que da facilidad para la secuela de sucesiones menores de $ 500 (74 de 1931); la reformatoria de la Ley 127 de 1919 (50 de 1931), y las demás sobre asuntos especiales.

"Pero hay más todavía: nadie puede negar que la Ley 69 de 1928 es especial y anterior a la 105 de 1931, que es general. Y la regla 1ª del artículo 5º de la Ley 57 de 1887 dice:

'La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.'

"Luego ni aun por vía de doctrina puede el Poder Ejecutivo sostener y declarar que la Ley 105 de 1931 derogó, en parte, la 69 de 1928."

Sobre este particular, la Corte observa:

Con respecto al comentario hecho por el actor, con fundamento en las disposiciones del artículo 25 del Código Civil y del 3º de la Ley 153 de 1887, la Corte se abstiene de considerarlo, porque su misión está limitada a decidir sobre la inexequibilidad de las disposiciones legales o ejecutivas acusadas por inconstitucionales, y no a la ilegalidad de que, según el actor, adolece el Decreto controvertido.

Sobre el punto constitucional, sujeto a su consideración, la Corte avanza estos comentarios:

El artículo 57 de la Constitución consagra la limitación de los poderes públicos, y declara que ellos ejercen separadamente sus funciones. Cree el demandante que este precepto fue violado por el Decerto que acusa, en el concepto de que el Presidente de la República invadió el campo del legislador, y dictó disposiciones que sólo éste podía dictar para derogar una ley vigente.

Como se ve, el acusador párte de un concepto falso, según lo declara también el señor Procurador General de la Nación, cuando considera que el Decreto vino a derogar tácitamente la Ley 69 de 1928, que creó los Juzgados de Prensa y Orden Público; concepto que es erróneo, como pasa a demostrarse:

"La Ley 69 de 1928 creó los Jueces de Prensa y Orden Público—dice el señor Procurador General de la Nación en su vista—como funcionarios que vinieron a quedar incorporados en el Poder Judicial. Por consiguiente, esa Ley les confirió a dichos Jueces la facultad de administrar justicia de un modo permanente, pero limitada al ramo especial de los negocios de prensa y orden público. Esto tuvo lugar en un momento en que creyó necesaria la extracción de aquellos negocios de la competencia de los Jueces ordinarios para entregarlos a una jurisdicción especial.

"Como antes de que fuera dictada la Ley 69, los Jueces de Prensa y Orden Público no existían, tampoco figuraban entre los encargados de administrar justicia de un modo permanente, que había designado el artículo 1º de la Ley 100 de 1892, dictado en reemplazo del artículo 1º del Código de Organización Judicial. Al dictarse aquella Ley, y ser creados por virtud de ella tales Jueces, éstos vinieron a quedar incorporados entre los encargados de administrar justicia, y, por consiguiente, fue adicionado el artículo 1º de la Ley 100 de 1892.

"Vino ahora la Ley 105 de 1931 y reglamentó íntegramente la materia de la organización judicial. Pero al designar los encargados de administrar justicia, de un modo permanente, no incluyó entre ellos a los Jueces de Prensa y Orden Público. De esta manera estos Jueces vinieron a quedar sin facultad de administrar justicia, puesto que si la ley nueva, al reglamentar la materia, dijo que 'la administración de justicia se ejerce de un modo permanente por los Tribunales ordinarios, que son: la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores y de Circuito, los Jueces Municipales y los Jueces de Menores,' y no incluyó los de Prensa y Orden Público que, como estos últimos, fueron creados por ley especial, es jurídicamente indiscutible que les negó esa facultad y dejó insubsistente el artículo 3º de la Ley 69 de 1928, en lo que respecta a su creación."

Careciendo de aquella facultad, por la voluntad así manifestada del legislador, suprimida quedó la institución de los Juzgados de Prensa y Orden Público; pues mal podían seguir funcionando sin la facultad de administrar justicia, que era el objeto y fin de su creación.

Ahora bien: cómo el artículo 110 de la Ley 105 de 1931, ordinal 5º, atribuyó a los Jueces de Circuito el conocimiento en primera instancia de los asuntos de carácter criminal, y de modo general cuando su conocimiento no esté atribuído a otra autoridad, debe aplicarse a esta Ley, y nó al Decreto acusado, el cambio de los funcionarios competentes para conocer de los delitos cuyo conocimiento estaba asignado antes a los Jueces de Prensa y Orden Público. Y como precisamente el artículo 76 de la Carta Fundamental, que se dice violado, autoriza al Congreso para hacer las leyes, y mediante ellas puede interpretar, reformar y derogar las leyes pre-

existentes; y si fue el Congreso quien, mediante la Ley 105 de 1931, suprimió los Jueces de Prensa y Orden Público, y atribuyó a los Jueces de Circuito el conocimiento de los delitos que quedaron sin Juez competente por virtud de la supresión, hay que concluír que las tachas de inconstitucionalidad, opuestas al Decreto ejecutivo número 2082 de 1931, como violador de los artículos 57, 58 y 76 de la Carta Fundamental, carecen de base plausible.

No hay duda que si los Juzgados de Prensa y Orden Público hubieran sido suprimidos en virtud del Decreto acusado, él habría sido abiertamente inconstitucional, porque el Ejecutivo, dentro de la potestad reglamentaria, no puede modificar, adicionar o derogar las leyes; su misión se reduce en esos casos, como lo ha dicho en distintas ocasiones esta Corte, "el Gobierno, al ejercer la potestad reglamentaria de la ley, no se convierte en legislador; él no puede variar en lo mínimo lo que pudiera llamarse la sustancia de la voluntad del legislador consignada en la ley; lo que le está encomendado es la reglamentación, dejando intacta la esencia y el espíritu de la disposición que reglamenta."

Mas la supresión de tales Juzgados provino de la Ley 105 de 1931, y no del mencionado Decreto; y si en la parte resolutiva de éste, o sea en sus artículos 1º y 2º, principalmente en el 1º, hubo alguna impropiedad en los términos empleados, y de los cuales pudiera pensarse que el Ejecutivo había ejercitado un derecho que no le correspondía, cuando dijo: "Decláranse suprimidos los Juzgados de Prensa y Orden Público," es lo cierto que el alcance de esta expresión queda suficientemente aclarado y fijado en los considerandos de la parte motiva de ese Decreto, en los cuales reconoció que había sido la Ley 105 de 1931, en su primer artículo, la que "prescindió en absoluto de la institución judicial denominada Juzgados de Prensa y Orden Público, que había creado la Ley 69 de 1928," y "que en tal virtud, los Juzgados de que se trata han venido a quedar surprimidos de derecho por la Ley 105 de 1931."

Además, cuando en el artículo 2º del Decreto se dijo que "al abrirse los Tribunales en enero de 1932, todos los asuntos pendientes en aquellos Juzgados pasaran a los de Circuito correspondiente, para el conocimiento de éstos," allí mismo se agregó cuál era la disposición que esto ordenaba, o sea "de conformidad con el numeral 5º, artículo 110, de la Ley 105 de 1931."

En síntesis: fue éste un Decreto que se limitó a reproducir lo que estaba consignado en la ley, y si, como se ha repetido varias veces, fue ésta la que suprimió los Juzgados de Prensa y Orden Público, tal Decreto no viola las disposiciones constitucionales citadas. Con ese Decreto, o sin él, los resultados habrían sido los mismos.

Considera el demandante que los artículos 1º y 2º del Decreto 2082 citado, pugnan con el artículo 23 de la Constitución, porque "al suprimir el Decreto en cuestión los Juzgados de Prensa y Orden Público, y al adscribir a los Jueces de Circuito en lo Criminal, en aquel acto, el juzgamiento de los aludidos, sin facultad constitucional ni legal para ello, ha violado el artículo 23 de la Constitución que dejo transcrito, pues somete a determinada clase o especie de delincuentes a la jurisdicción de autoridades distintas de las competentes, distintas de la señalada por la Ley 69 de 1928, no derogada, ni adicionada ni reformada, expresa ni tácitamente, por ley alguna posterior."

El artículo 23 de la Constitución, que se dice violado, estatuye:

"Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial."

Conceptúa también el demandante que los artículos 1º y 2º del supradicho Decreto 2082 de 1931, son contrarios, y violan el artículo 26 de la Constitución, según el cual:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable."

Tal violación la funda en el siguiente comentario:

"Al suprimir el Decreto materia de esta demanda los Juzgados de Prensa y Orden Público, y al adscribir las funciones que a éstos señalaba la Ley 69 de 1928 a los Jueces de los Circuitos respectivos, no ha hecho otra cosa el Gobierno sino establecer que determinado grupo o clase de delincuentes no sea juzgado ante 'Tribunal competente' sino por otros funcionarios distintos de aquellos a quienes la Ley 69 de 1928 encomendó o atribuyó, privativamente, es decir, con exclusión de cualquiera otro Tribunal o Juzgado, precisamente el juzgamiento de esos delincuentes."

Si, como se ha visto, la Ley 105 de 1931 no incluyó entre los funcionarios encargados de administrar justicia a los Jueces de Prensa y Orden Público; si esa Ley fue dictada en ejercicio de la atribución conferida al Congreso por el artículo 156 de la Carta, según el cual corresponde a la ley organizar los Juzgados inferiores y determinar sus atribuciones y la duración de los Jueces; si precisamente por obra de la Ley dicha quedaron los Jueces de Prensa y Orden Público sin funciones, dejando de ser Jueces competentes para conocer de los delitos a que la Ley 69 se refiere; y si la Ley 105, en su artículo 110, ordinal 5º, fue la que determinó los funcionarios que debieran sustituírlos, carecen de base jurídica las acusaciones mencionadas hechas contra el Decreto citado; pues fue el Congreso y no el Ejecutivo quien hizo las determinaciones correspondientes, ejercitando claras y precisas atribuciones constitucionales, como así aparece demostrado.

Se acusa también el Decreto tántas veces citado como violatorio del artículo 42 de la Constitución Nacional, porque según el inciso 1º de esta disposición, "la prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atenta a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública"; y porque, según el concepto del demandante, la Ley 69 de 1928 "dio a los Jueces de Prensa y Orden Público la facultad única, especialísima y privativa, de juzgar toda clase de delitos cometidos por medio de la prensa u otros medios análogos de publicidad"; y "si la Constitución manda, como acaba de verse, que la prensa es responsable con arreglo a las leyes y no a los decretos del Gobierno—dice el actor—es claro que éste, al disponer que los delitos de prensa sean juzgados por los Jueces de Circuito a

que se refiere el Decreto materia de esta demanda, y no por los Jueces de Prensa y Orden Público a que se refiere la Ley 69 de 1923, ha violado el artículo 42 de la Constitución Nacional."

Si, como se ha visto, el Decreto no modificó la jurisdicción establecida por las leyes, sino que fue la misma Ley 105 la que al reglamentar íntegramente la materia relacionada con la organización judicial, quitó a los Jueces de Prensa y Orden Público la jurisdicción que antes les había dado la Ley 69; si al obrar así, el legislador no hizo otra cosa que ejercer la atribución que le corresponde, según el ordinal 1º del artículo 76 de la Carta, que lo autoriza para derogar las leyes preexistentes y para determinar las atribuciones de los Jueces inferiores, según el artículo 156 de la misma Constitución, hay que concluír que por este aspecto también es infundada la acusación de que se trata.

Extiende el acusador su acción contra el Decreto 2082 de 1931, atribuyéndole violación de los artículos 60 y 156 de la Constitución, según los cuales "ejercen el Poder Judicial la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito, y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley," y, "la ley organizará los Juzgados inferiores y determinará sus atribuciones y la duración de los Jueces."

Después de hacer algunas apreciaciones de hecho para demostrar que carecen de eficacia los considerandos 2º y 3º del Decreto controvertido, y que tienden a establecer que el artículo 1º de la Ley 105 de 1931, al prescindir de la institución denominada Juzgados de Prensa y Orden Público, quitó a estos funcionarios la facultad de administrar justicia, el actor concluyó así:

"El artículo 60 de la Constitución no dice que ejercen el Poder Judicial la Corte Suprema, los Tribunales Superiores y los demás Tribunales y Juzgados que establezca o señale el Código de Organización Judicial, sino los Tribunales y Juzgados que **establezca la ley,** cualquiera ley especial o general, relativa a una o muchas jurisdicciones. Lo que exige y manda ese artículo constitucional, no es otra cosa sino la de que esos Juzgados sean establecidos por **la ley,** cualquiera que ella sea. Confirma estas ideas el mandato del artículo 156 de la misma Constitución, que dice:

'La ley organizará los Juzgados inferiores y determinará sus funciones.'

"**La ley,** es decir, cualquiera ley especial o general, es la que crea los Juzgados, determina sus atribuciones y fija la duración de los Jueces. Y si la Ley 69 de 1928, que es especial, creó los Juzgados de Prensa y Orden Público, y les señaló funciones privativas especialísimas, y les fijó el período de duración; y si la Ley 105 de 1931, que es general, enumeró simple y únicamente los Jueces ordinarios, no puede decirse que ésta derogó ni reformó, en todo o en parte, aquella regla 1ª del artículo 5º de la Ley 57 de 1887. Luego los artículos 1º y 2º del Decreto 2082 de 1931 son contrarios a los artículos 60 y 156 de la Constitución Nacional, en cuanto desconocen que pueden existir, a la vez, varias leyes especiales y generales, relativas a la existencia de diferentes Juzgados, que tienen distintos períodos de duración, diferentes atribuciones, jurisdicciones y territorios diversos, y hasta distintas asignaciones, prerrogativas, fueros y preeminencias."

Considera también el actor que el Decreto 2082 viola el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, porque no habiendo sido dictado en uso de facultades extraordinarias, no pudo el Ejecutivo derogar con él la ley preexistente, desde luégo que sus facultades en esos casos se limitan a suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio.

También acusa el mencionado Decreto como violatorio de la atribución 4ª del artículo 119 de la Constitución y la atribución 3ª del artículo 120 de la misma, fundado en que tal providencia, al suprimir los Juzgados de Prensa y Orden Público, impidió a tales funcionarios "el libre y regular ejercicio de todas y cada una de sus atribuciones legales," y "en que la potestad de reglamentar una ley, por medio de decretos, órdenes o resoluciones, no equivale ni puede equivaler a la potestad de hacerlas, modificarlas o derogarlas, en todo o en parte."

Ya se demostró cómo no procede del Decreto cuestionado la supresión de los Jueces de que aquí se trata; que ella radica en la Ley 105 de 1931, y que ésta fue dictada por el Congreso, en ejercicio de atribuciones constitucionales establecidas precisamente en las mismas disposiciones de los artículos 60 y 156 de la Carta, y en que el actor funda su acusación; y siendo esto así, hay que concluír que por todos estos aspectos la acusación es infundada; así como también lo es la que estriba en la violación de la atribución 4ª del artículo 119 de la Constitución, que el actor hace consistir en el impedimento que el Ejecutivo dizque puso al libre y regular ejercicio de todas y cada una de las atribuciones de los Jueces de Prensa y Orden Público; pues, como tántas veces se ha repetido, no procede del Decreto sino de la Ley 105 de 1931 la supresión de la jurisdicción de que tales Jueces antes gozaban: luego las acusaciones, desde estos puntos de vista, carecen de fundamento.

Las últimas acusaciones las formula el demandante así:

"Los artículos 1º y 2º del Decreto número 2082 de 1931 pugnan contra el principio establecido en el artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910. Dice esta disposición:

'En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.'

"Aun suponiendo como cierto—que no lo es—que la Ley 105 hubiera derogado implícitamente, en parte, la Ley 69 de 1928, esa derogación tendría que entenderse y aplicarse, interpretando la nueva Ley—la 105 de 1931—en un sentido conforme y acorde con la Constitución Nacional. Y como el artículo 160 de la Constitución prohibe suspender a los Jueces, salvo sentencia judicial, y prohibe rebajarles y suprimirles las asignaciones, dentro del período en que sirven, es claro que esa derogación implícita sólo podría aplicarse y ejecutarse una vez terminado el actual período y no antes, dando así aplicación al precepto del artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910. Pero el Decreto interpretó una derogación implícita, que ni siquiera existe, en sentido absolutamente opuesto al precepto contenido en el referido artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910.

"Los artículos 1º y 2º del Decreto número 2082 de 131 (sic), son contrarios y violan, en forma tan manifiesta, tan clara, tan inequívoca, el artículo 160 de la Constitución Nacional, que basta la simple lectura de este mandato y la de los dos artículos del Decreto para que surja, ante los ojos del lector, con caracteres de evidencia, la pugna indiscutible entre los dos artículos del Decreto y el Mandato Constitucional, que dice:

'Los Magistrados y los Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos, sino en los casos y con las formalidades que determinen las leyes, ni depuestos, sino a virtud de sentencia judicial. Tampoco podrán ser trasladados a otros empleos sin dejar vacante su puesto. No podrán suprimirse ni disminuirse los sueldos de los Magistrados y Jueces, de manera que la supresión o disminución perjudique a los que estén ejerciendo dichos empleos.' "

Apreciados conjuntamente esos dos fundamentos de la acusación, se tiene:

Si el artículo 160 de la Constitución garantiza la independencia de los Jueces y Magistrados, prohibiendo el ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos, salvo los casos y con las formalidades legales; asegurando su permanencia en los puestos, salvo el caso de sentencia judicial que decrete la suspensión; y si, además, no pueden suprimirse ni disminuirse los sueldos de los Magistrados y Jueces, de manera que la supresión o disminución perjudique a los que estén ejerciendo dichos empleos; si existiere incompatibilidad entre la disposición del artículo 1º de la Ley 105 de 1931 y el Estatuto consagrado en el artículo 160 dicho, es claro, es evidente que la acusación por inconstitucional debería referirse al dicho artículo 1º de la Ley 105 de 1931, en que el Decreto 2082 se apoya, para que la acción pudiera prosperar, y no al Decreto, según doctrina constante sobre el particular sentada por esta corporación, precisamente porque la acción de inexequibilidad debe ser concreta, así en sus fundamentos como en sus consecuencias. Y como la incompatibilidad entre la Ley 105 de 1931, en su artículo 1º, y la disposición del artículo 160 de la Constitución no se ha demandado, porque la sentencia debe ser conforme con la demanda, la Corte no puede entrar a estudiar el punto.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, reunida en pleno, obrando de acuerdo en el fondo con el señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

No son inexequibles, por inconstitucionales, las disposiciones de los artículos 1º y 2º del Decreto ejecutivo número 2082 de 1931, "por el cual se ejecuta y reglamenta en parte el artículo 1º de la Ley 105 de 1931," en el concepto en que tales disposiciones aparecen acusadas.

Publíquese, cópiese y notifíquese; envíese compulsa auténtica al señor Ministro de Gobierno, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente archívense las diligencias.

PARMENIO CARDENAS—**Francisco Tafur A.—Enrique A. Becerra—José Miguel Arango—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez. Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti— Luis F. Rosales—Juan C. Trujillo Arroyo. Augusto N. Samper, Secretario.**

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

En mi concepto, el Decreto acusado viola el artículo 76, numeral 1º de la Constitución, porque es sólo al Congreso a quien corresponde privativamente reformar o derogar las leyes preexistentes, luego el Ejecutivo no podía, sin rebasar sus atribuciones, declarar suprimidos los Juzgados de Prensa y Orden Público, ni atribuir a los Jueces de Circuito el conocimiento de esos asuntos, como lo hace el mencionado Decreto.

Ahora, si como lo cree la Corte, por ese Decreto no se suprimen los Jueces de Prensa y Orden Público, sino por la Ley 105 de 1931, el Decreto sería inútil, pero esa interpretación de la Corte no puede aceptarse, porque los decretos que dicta el Ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y como por el fallo de la Corte no se declara inexequible, hay que aplicarlo forzosamente por no ser ni contrario a la Constitución ni a la ley, de acuerdo con este fallo.

Con algún fin se dictó el Decreto, no por mero ejercicio caligráfico, y mientras él subsista, hay que aplicarlo.

Pero suponiendo que él no se aplicase, fuera de ser inútil, siempre sería, en mi opinión, inconstitucional, ya que no es facultad del Ejecutivo proveer respecto de la jurisdicción de los funcionarios del orden judicial, ni respecto de la existencia de entidades judiciales creadas por la ley.

Bogotá abril 1º de 1933.

José Miguel Arango

SALA DE CASACION CIVIL

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

Manuel Escobar y Gabriela Perpetua Domínguez, casados entre sí, por medio de apoderado demandaron, ante el Juez 3º del Circuito de Buga, a Romelia Escobar o Domínguez para que previo un juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

"a) Que Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar es hija natural de Tomasa Domínguez, y heredera de los bienes de ésta, en concurrencia con su hermana Romelia Escobar o Domínguez, hija ésta también natural de Tomasa Domínguez.

"b) Que como consecuencia de la declaración a), Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar es derechosa o coasignataria de los bienes de la causante Tomasa Domínguez, en concurrencia con su hermana Romelia Escobar o Domínguez; y por lo mismo esta última está en la obligación de entregar a Gabriela Domínguez—su hermana—el derecho de herencia que equivalente a la mitad posee indebidamente en el siguiente bien raíz: en una casa cubierta de tejas de barro, sobre paredes de embutido, con sus correspondientes cerraduras, situada en la ciudad de Buga, en la esquina de cruzamiento de la calle séptima con la carrera 16, construída dentro del lote de terreno también inventariado en la sucesión de Tomasa Domínguez, que se comprende por los siguientes linderos generales: Oriente, carrera 16 en medio, con casa de Rosenda Quintero de Aragón; Occidente, con casa de Gertrudis Medina e hijos; Norte, con casa y solar de Antonio Concha y su mujer Purificación Cruz; y Sur, calle séptima en medio, con casas de Jacobo Yepes y Gabriel García. La casa será entregada con su respectivo solar, conforme a los linderos indicados, dentro del término que determina la ley y frutos civiles.

"c) Que como consecuencia de las declaraciones a) y b) es nula la partición ad valórem de los bienes de Tomasa Domínguez, llevada a término por don Francisco F. Jaramillo el dos de junio de 1927, en la sucesión intestada de Tomasa Domínguez, declarada abierta por el Juzgado 2º del Circuito en auto de 23 de julio de 1926 y protocolizada la sucesión en la Notaría de Buga por la escritura 629 de 23 de junio de 1927. Por tanto, y como lógica consecuencia, es el caso de que los bienes vuelvan al estado de indivisión para que el derecho hereditario de Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar sea incorporado en la nueva partición, la que se ordena verificar sobre el único bien raíz puntualizado en la declaración b) de esta demanda."

Como fundamentos de hecho se alegaron estos:

"1º Por auto de veintitrés de julio de mil novecientos veintiséis, proferido por el Juzgado 2º del Circuito, se declaró abierta la sucesión intestada de Tomasa Domínguez desde el día de su fallecimiento (24 de septiembre de 1885); y declaró como heredera de la causante a Romelia Escobar o Domínguez, en su calidad de hija natural de aquélla.

"2º La diligencia de inventario y avalúo del único inmueble de la sucesión tuvo lugar el 23 de septiembre de 1926, inmueble cuya ubicación, situación y linderos quedaron puntualizados en el punto b). El inmueble fue avaluado en la cantidad de mil trescientos pesos ($ 1,300) oro. La diligencia de inventario se aprobó en providencia de 17 de diciembre del citado año de 1926.

"3º El 2 de junio de 1927 el señor don Francisco F. Jaramillo verificó la partición ad valórem de la sucesión, partición que fue aprobada por sentencia de tres de junio de ese año (1927), y ejecutoriada la sentencia el catorce de junio último, la que está debidamente registrada.

"4º Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar, siendo, como es, hija natural de la causante Tomasa Domínguez, y hermana natural de Romelia Escobar o Domínguez, ni fue declarada heredera, ni figuró para nada en la sucesión de su madre, porque ni siquiera fue citada personalmente para que expresara si aceptaba o repudiaba la herencia; y ni fue tenida en cuenta como adjudicataria en la partición, teniendo igual derecho que Romelia a los bienes de Tomasa Domínguez, la que se hizo adjudicar la totalidad de la herencia, con absoluta prescindencia de mi poderdante, lo que es contrario a la ley, a la justicia y a la equidad.

"5º Tomasa Domínguez, fuera de Gabriela Perpetua y Romelia, hubo como hija natural a Dorotea Domínguez, la que murió sin dejar descendencia legítima y sí natural, la que al tenor del artículo 1043 del Código Civil carece del derecho de representación y por lo mismo, del derecho de herencia por parte de Tomasa Domínguez."

Deduce el demandante su derecho de las disposiciones consignadas en los artículos 1326, 1405, 1740, 1746 y 1748 del Código Civil.

La demandada contestó la demanda anterior oponiéndose a que se hagan las declaraciones contenidas en los puntos 2º, 3º y 4º del libelo. En cuanto al primero de los hechos manifestó que ni lo afirmaba ni lo negaba.

Aceptó los marcados con los números 1º, 2º y 3º, el 4º en parte, y en orden al 5º manifestó que ni lo negaba ni lo aceptaba porque no le interesaba.

Oportunamente el Juez desató la litis en esta forma:

"A mérito de lo expuesto, el Juzgado 3º del Circuito de Buga, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla este negocio así:

"1º Se declaran probadas las excepciones de carencia de acción y de prescripción propuestas y alegadas en la demanda sobre petición de herencia en la sucesión de Tomasa Domínguez y nulidad de la partición de bienes en dicho juicio, instaurada por Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar contra Romelia Escobar o Domínguez.

"2º El derecho de la demandante Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar para que se le declare heredera de Tomasa Domínguez, ha prescrito y no puede reconocérsele como tal.

"3º No es nula la partición de bienes en la sucesión de la referida Tomasa Domínguez; y

"4º Se declara improcedente la demanda de Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar contra Romelia Escobar o Domínguez, a quien, como consecuencia, se le absuelve. Sin costas."

A virtud de apelación que interpuso la parte demandante, el Tribunal de Buga, por sentencia de fecha diez y seis de julio de mil novecientos veintinueve, reformó la de primera instancia en estos términos:

"1º Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar tiene derecho a que se le restituya la mitad de los bienes que pertenecieron a Tomasa Domínguez, por haber acreditado ser su heredera, en su calidad de hija natural.

"2º Como consecuencia de la declaración anterior, Romelia Escobar o Domínguez debe entregar a Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar, seis días después de notificada esta sentencia, la mitad de los bienes que pertenecieron a la dicha Tomasa y que se adjudicaron a la demandada en la partición de dos de junio de 1927, que se menciona, cuyos bienes son una casa de tejas de barro, sobre paredes de embutido, con sus correspondientes cerraduras, sita en esta ciudad, en la esquina de cruzamiento de la calle 7ª con carrera 16, construída dentro del lote de terreno inventariado, de treinta y cinco metros, ochenta centímetros, de Oriente a Occidente, y de veintiún metros cuarenta centímetros de Norte a Sur, deslindados ambos inmuebles así: Oriente, carrera 16 en medio, con casa de Rosenda Quintero de Aragón; Occidente, con casa de Gertrudis Medina e hijos; Norte, con casa y solar de Antonio Concha y su mujer Purificación Cruz; y Sur, calle en medio, con casas de Jacobo Yepes y Gabriel García.

"3º La demandada, como poseedora de buena fe, debe pagar a la demandante, proporcionalmente al derecho que se le reconoce, los frutos naturales y civiles de los bienes de que se trata, desde la contestación de la demanda, en los casos y con las limitaciones que se indican en los artículos 964, 965 y 966 del Código Civil.

"4º No es nula la partición de los bienes de Tomasa Domínguez hecha por Francisco F. Jaramillo.

"5º No están probadas las excepciones de prescripción y carencia de acción, alegadas por la demandada.

"Sin costas."

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de la demandada, que la Corte admite y procede a decidir.

Se alega la causal primera y en la demanda de casación se hacen a la sentencia varios cargos:

1º Violación de los artículos 1290 y 1292 del Código Civil, en cuanto el primero establece que el asignatario constituído en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia, y el segundo que la repudiación no se presume de derecho sino en los casos previstos por la ley. Considera el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente y por ello violó estas disposiciones porque pasó por alto las pruebas que obran en el expediente y que consisten en toda la actuación del juicio de sucesión de Tomasa Domínguez, desde su apertura hasta la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes que aquélla dejó, y especialmente la constancia o certificación del Juzgado de haberse surtido debidamente el emplazamiento a todos los que se consideraran con derecho a dicha sucesión, sin que la demandante Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar compareciera en forma alguna, quedando por esa circunstancia constituída en mora de aceptar la herencia de Tomasa Domínguez y bajo la presunción de que la repudiaba tácitamente, conforme a lo establecido en la primera de dichas disposiciones y lo reconoció el Juez de primera instancia al declarar probadas las excepciones de prescripción extintiva del derecho invocado por la demandante y de carencia de acción en la misma, excepciones ambas alegadas por la parte demandada. Que el Tribunal, al contrario, continúa el recurrente, si bien apreció la excepción de prescripción extintiva y la declaró no probada, no tuvo en cuenta en la parte motiva de su fallo las pruebas aducidas para justificar la excepción de carencia de acción en la demandante sino que se limitó en la parte resolutiva a declararla no probada. Que no le bastaba al Tribunal limitarse a la excepción de prescripción extintiva, excepción que parece confundir con la de carencia de acción, sino que le era obligatorio estudiar si estaba o no cumplida la repudiación tácita de la herencia por parte de la demandante, como insistentemente lo alegó la demandada. Que no puede achacarse al Tribunal que confundiera la una con la otra excepción, pues que ellas son tan diversas que en hipótesis pudo suceder que no justificada la excepción de prescripción extintiva del derecho por no haber transcurrido los treinta años, se justificara, no obstante, la de carencia de acción. O más claro: que el derecho de herencia pudiera no haber expirado para Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar si el tiempo de la prescripción se cuenta desde la adjudicación y posesión de los bienes a Romelia Domínguez, y sin embargo, carecer de acción la misma demandante por la repudiación tácita, sobre lo cual nada dijo el Tribunal.

Se considera:

Es cierto que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas de que habla el recurrente para resolver si la demandante Gabriela Perpetua Domínguez había repudiado la herencia de Tomasa Domínguez; que si las hubiera apreciado habría llegado a la misma conclusión a que llegó, porque el artículo 1292 del Código Civil, uno de los que el recurrente considera violados, establece que la repudiación no se presume de derecho sino en los casos previstos por la ley, y si bien uno de esos casos es el que indica el artículo 1290 de la misma obra, o sea cuando el asignatario ha sido constituído en mora de aceptar o repudiar, para ello no bastaba que Gabriela Perpetua Domínguez hubiera guardado silencio durante el término del emplazamiento, sino que era preciso que hubiera precedido demanda especial que tuviera por objeto hacer la referida declaración conforme lo establece el artículo 1289 del mismo Código y que tal demanda se notificara debidamente a dicha señora para que así surtiera el efecto de la presunción establecida en el artículo 1290 de allí, formalidades que no aparece se hubieran llenado en el caso contemplado. El cargo no es pues fundado.

2º Violación del artículo 1326 del Código Civil, que dice:

"El derecho de petición de herencia expira en treinta años...."

El cargo se refiere al siguiente concepto del Tribunal:

"Si sólo desde el año de 1927 está Romelia Escobar o Domínguez ocupando, en calidad de heredera, la herencia de Tomasa Domínguez en que tiene también parte Gabriela Perpetua, es muy claro que únicamente desde la fecha de esta ocupación nació para la última la acción de que se trata. Y como el artículo 1326 del Código que se cita previene que el derecho de petición de herencia expira en treinta años, y el artículo 2535 dice que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos, exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, resulta que no ha prescrito para la demandante la acción que ejercita, puesto que no ha transcurrido el lapso de treinta años que fija el artículo 1326 en referencia."

Dice el recurrente que al interpretar el Tribunal que el término de la prescripción del derecho de herencia o de la acción de petición de herencia, que es su correlativa, se comienza a contar desde que Romelia Domínguez ocupó la herencia, para deducir de allí que la acción de Gabriela Perpetua no había prescrito, interpretó erróneamente la disposición del artículo 1326 y lo violó. Para sustentar esta acusación razona así:

"....el artículo 1326 no dice desde cuándo debe contarse el tiempo de la prescripción, luego hay que atenerse a las reglas generales y a la doctrina de los expositores, ya que entre nosotros no se ha formado aún jurisprudencia sobre un artículo de cuyo correspondiente francés dice Baudry Lacantinerie que en lo de los treinta años es en lo único en que han podido los autores ponerse de acuerdo sobre ese 'misterioso artículo.' **(Precis de Droit Civil,** tomo 3º, número 648).

"Es principio de jurisprudencia universal—dice—que todo derecho tiene su acción correlativa, o también, que toda acción nace simultáneamente con el derecho que ampara....; si el derecho del heredero a la herencia nace a la muerte del **de cujus,** según se desprende del artículo 1013 del Código Civil, es claro que la acción correspondiente, o sea la acción de petición de herencia, comienza a vivir desde ese mismo día, luego desde allí es de donde ha de contarse el término para que el derecho y su acción correlativa expiren. El legislador tiene especial interés, por razones de orden público que a nadie escapan, en que un derecho como el de herencia no permanezca sin ejercicio por más de treinta años, porque la sociedad está interesada en que los bienes ocupen una situación estable, firme, no sujeta a perturbaciones indefinidas en el tiempo. En nuestro caso—continúa el acusador—habiendo fallecido la

de cujus el 24 de septiembre de 1885, y habiéndosele deferido a Gabriela Perpetua desde entonces la herencia que durante cuarenta y tres años no movió su interés, resulta que la acción para reclamarla de quien la tuviese, o del Municipio en último caso, prescribió para ella el veinticuatro de septiembre de mil novecientos quince. Decir que el derecho de Gabriela Perpetua a reclamar la herencia y su correspondiente acción, nacieron tan sólo desde que otra persona, previos los trámites de un juicio prolongado que ella costeó íntegramente, entró a gozarla, sería como decir que Gabriela Perpetua no tuvo dicha acción en el tiempo intermedio transcurrido desde la muerte de la de cujus hasta el día de la ocupación efectuada por Romelia, lo cual es inadmisible. Dice también el recurrente que la doctrina anterior del Tribunal es egoísta e inadmisible en instituciones de conveniencia pública, pues si durante cuarenta y más años la herencia permanece abandonada y no hay persona que se presente a seguir el juicio de sucesión, el heredero estará tranquilo sabiendo que su herencia no prescribe; y que el peligro sólo vendrá cuando alguien haciendo cuantiosos gastos la ocupe, pero que entretanto los acreedores tendrán que estarse esperando se presente un heredero para poder hacer efectivos sus créditos, lo que viene a constituír un privilegio para el heredero perezoso.

Se considera:

No hay en los autos prueba de que la demandada Romelia Domínguez haya ocupado los bienes de la herencia de su madre Tomasa Domínguez desde el año de 1885 en que se le defirió. Si existiera dicha prueba, entonces dicha posesión aprovechó no sólo a Romelia sino a Gabriela Perpetua, como coheredera. Y siendo así, aunque el término de la prescripción extintiva de la acción de petición de herencia se contara desde la delación de ella, como lo sostiene el recurrente, no se ha extinguido este derecho para Gabriela Perpetua Domínguez, porque la prescripción exige que la posesión en que ella se apoye sea exclusiva, y la posesión del heredero o comunero no tiene este carácter, salvo casos especiales que requieren una demostración completa. (Casación de 29 de agosto de 1925. Gaceta Judicial números 1631 y 1632).

Ahora, conforme a los autos, a Romelia Domínguez se le adjudicó la herencia de Tomasa Domínguez como su heredera, por sentencia registrada en junio de 1927. Por consiguiente, sólo desde entonces tiene Romelia posesión exclusiva de dicha herencia. Pero como desde aquella fecha hasta el 22 de febrero de 1928 en que se notificó a Romelia Domínguez o Escobar la demanda de Gabriela Perpetua sobre petición de herencia, no ha transcurrido el tiempo indicado en el artículo 1326 del Código Civil para que se extinga dicha acción, no puede reconocerse que el Tribunal hubiera violado en su fallo esta última disposición al no declarar cumplida la prescripción extintiva del derecho de petición de herencia alegado por Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar.

3º Violación de los artículos 2535, 1013 del Código Civil, el primero en cuanto establece que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones y que se cuenta este tiempo desde que la obligación se ha hecho exigible; y el segundo en cuanto dice que la delación de la herencia es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla; y que la herencia o legado se defiere en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente.

Dice el recurrente que el Tribunal interpretó erróneamente las disposiciones anteriores porque entendió que el derecho de Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar a la herencia de Tomasa Domínguez sólo era exigible para ella desde el día en que Romelia Domínguez ocupó dicha herencia, siendo así que lo era desde el día en que ese derecho le fue deferido por ministerio de la ley, conforme a la segunda de dichas disposiciones. Que si el Tribunal hubiera tenido en cuenta el adverbio solamente que emplea el artículo 2535 citado, que la demandada invocó desde un principio, ha debido razonar así: "si la prescripción exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se ejercita la acción, y este tiempo se cuenta desde que la obligación se hace exigible; y por último, si la herencia se defiere al heredero desde el día de la muerte del de cujus, Gabriela Perpetua, en nuestro caso, que tuvo en su patrimonio aquel derecho desde el 24 de septiembre de 1885, y no lo ejercitó hasta el 28 de enero de 1928, lo ha perdido por el solo y simple hecho de que entre esas dos fechas han pasado más de los treinta años de que trata el artículo 1326 del Código Civil."

Que el Tribunal sufrió una ofuscación por la cual confundió la prescripción adquisitiva, no invocada por la demandada, con la prescripción extintiva, puesto que no se trata de darle vida al derecho de Romelia, quien se ha limitado a alegar que el derecho de Gabriela Perpetua se ha extinguido. En apoyo de su tesis, el recurrente cita la opinión de los expositores Colín y Capitant y la jurisprudencia francesa respecto de la interpretación que se ha dado al artículo 789 del Código Civil francés, que trata de la prescripción de la facultad de aceptar o repudiar una herencia.

Se considera:

Este cargo queda contestado en el anterior, pues ya se considere que el término de la prescripción de la acción de petición de herencia se cuenta desde la delación de ésta, o desde la posesión de los bienes por parte de Romelia Domínguez, en ninguno de ellos se ha cumplido dicho término, y por consiguiente al decirlo así el Tribunal, refiriéndose a los artículos 2535 y 1013 del Código Civil, no los ha violado.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha diez y seis de julio de mil novecientos veintinueve, proferida por el Tribunal de Buga en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo de la parte que lo propuso.

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

JUAN N. MENDEZ — Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Vistos:

En mil ochocientos noventa y nueve se demandó el deslinde del predio rústico llamado **Pedro Sánchez,** en sus costados del Norte y del Sur.

Después de largas suspensiones del juicio, el señor Juez del Circuito de Cartago practicó la diligencia de apeo en los días doce y trece de septiembre de mil novecientos doce (folios 96 y siguientes del cuaderno número 1°).

En ella se fijó así la línea entre los predios de **Pedro Sánchez y El Avallado:**

"El señor Juez resuelve que el límite entre los predios de **Pedro Sánchez y El Avallado** es el zanjón denominado **Montegrande,** desde su nacimiento al desemboque en la ciénaga; de este punto, la recta que se enlace con el mojón puesto en la mitad de la ciénaga, según se ve de la diligencia de deslinde del terreno llamado **El Boquerón del Hatillo,** que obra en copia en este expediente, practicada en nueve de abril de mil novecientos ocho, diez del mismo mes, diez y seis de septiembre del mismo año y veintiocho de marzo de mil novecientos once, y de ese mojón la línea que llegue al que fue fijado en la ribera derecha del río Cauca, de que habla el deslinde que acaba de citarse. Del nacimiento del zanjón de **Montegrande,** la línea que de allí arranque y termine en la sierra alta que queda al Oriente, tomando la dirección que marque una abertura que hay en el bosque que está en el filo de la sierra. Se ordenó el amojonamiento de la línea de que se ha hablado y que al hacerse esto por el perito agrimensor, se determine el rumbo de la línea de los extremos del zanjón."

Conviene advertir que esta línea es límite septentrional de **Pedro Sánchez** y meridional de **El Avallado.**

Surgió luégo una larga contradicción al lindero meridional de **Pedro Sánchez,** que terminó por desistimiento, en virtud de transacción de los interesados, como se ve en la providencia dictada por el Tribunal Superior de Buga el veintitrés de julio de mil novecientos diez y ocho (folio 148 del cuaderno número 6°).

El deslinde de **Pedro Sánchez y El Avallado** se aprobó en providencia dictada por el Juez del Circuito de Cartago el diez y seis de noviembre de mil novecientos doce (folio 146 del cuaderno 1°).

El siete de junio de mil novecientos veintiséis, el mismo Juez se trasladó al terreno con el fin de practicar la diligencia a que se refiere el artículo 1312 del Código Judicial, y entonces se opuso el señor Julio Villegas J.

Este formalizó su oposición en calidad de condueño de los predios de **Piedras y El Avallado** y pidió de esta manera:

"Así pues, dadas las bases de oposición, en mi condición de comunero, dirijo ésta contra la señora Micaelina Pinto R., por sus derechos propios, contra el señor Ramón Antonio López por los suyos, advirtiendo que este último es marido de la nombrada primero, y contra don Rafael Montoya, como defensor de ausentes en ese pleito o causa, todos colombianos, mayores y de esta vecindad de Cartago, siendo soltero, como yo, el señor Montoya, para que por sentencia se resuelva: que la línea sur de **El Avallado** y norte de **Pedro Sánchez,** es la que determinan las diligencias de posesión judicial, de fechas siete de mayo y cuatro de agosto de mil ochocientos treinta y ocho, o que la línea amojonada con piedras y de la cual se estaba dando posesión el siete de este mes de junio, cercena terreno a la comunidad de **El Avallado** y a la de **Piedras,** por haberse justificado una muy anterior, distinta a esa, según las diligencias signadas antes. En consecuencia, el predio **El Avallado,** por el Sur, es de la sierra alta a la ciénaga grande, por el curso antiguo de la quebrada **Montegrande,** pasando por el mojón de piedra fijado en aquel entonces en dicha quebrada al pie de la lomita, al tenor de las diligencias judiciales de posesión."

Expuso estos hechos:

"La línea amojonada por la cual se estaba dando posesión a los señores Ramón A. López y Rafael Montoya, el día siete del mes en curso, cercena terreno a los predios nombrados de **El Avallado** y **Piedras.** La línea por que se dio posesión judicial en el año de mil ochocientos treinta y ocho a los dueños de **El Avallado** es la verdadera, por ser anterior a la presente que está amojonada y por la que se estaba dando posesión judicial el día siete expresado, o mejor, la posesión judicial del año citado, verificada el siete de mayo, y la de **Pedro Sánchez,** dada en el mismo año, el cuatro de agosto, son las normas o diligencias que pusieron término a la línea de separación de **El Avallado y Pedro Sánchez,** desde época remota, como se ve; la línea por la cual se estaba dando posesión el día siete de este mes es distinta, y como tál, perjudicial a mis intereses como comunero, a la que indica la posesión judicial del año a que vengo refiriéndome."

Admitida la oposición, fue rebatida por el apoderado del señor López y aceptada por el defensor de ausentes.

El diez y nueve de noviembre de mil novecientos veintiséis, el Juez 1° del Circuito de Cartago profirió sentencia adversa a las pretensiones del opositor, quien interpuso recurso de apelación.

El Tribunal Superior de Buga confirmó esta sentencia, mediante la suya, pronunciada el veinte de agosto de mil novecientos veintiocho.

Acudió en casación el apoderado de Villegas, y la Corte admite el recurso y procede a decidirlo.

Alega el recurrente la causal 1ª y la funda en varios motivos.

En primer lugar, dice que hay un error de hecho y también de derecho, por lo que se refiere a la indivisión, en la apreciación de las numerosas pruebas que demuestran que los mencionados predios **(Pedro Sánchez y El Avallado),** sí lindan entre sí, error que aparece de modo evidente en los autos; y se ha violado con ello, de manera directa, el artículo 681 del Código Judicial y el 678 ibídem, que tienen carácter sustantivo.

Impugna el siguiente párrafo de la sentencia:

"De las pruebas de que se ha hecho mérito se deduce, sin lugar a duda, que los predios de **Las Piedras y Avallado** no lindan con el de **Pedro Sánchez,** pues aun cuando en la escritura nueve, que se cita, se expresa que por el Sur limita **El Avallado** con ese predio, por el zanjón de **Montegrande,** también se aclara que excluída a orillas del referido zanjón una cuadra de propiedad de la señora Mercedes viuda de Méndez, porción de terreno que es, a no dudarlo, lo vendido al señor De la Roche. Y como de esa cuadra de tierra sigue hacia el Occidente el pedazo de terreno que compró De la Roche al doctor Herrera Guerrero, pedazo que va hasta la mitad de la ciénaga grande, a donde llega **El Avallado,** del cual era parte, y desde esa mitad hacia Cauca está practicado el

deslinde de **Pedro Sánchez** con el **Boquerón del Hatillo**, no se ve por dónde pueda lindar **El Avallado** con **Pedro Sánchez.**"

Anota el recurrente que todas las piezas del proceso (escrituras, sentencias, diligencias judiciales, manifestaciones de las partes etc.), muestran invariablemente, hasta la saciedad, que los predios de **Pedro Sánchez** y **Avallado** lindan entre sí y que de fijar la línea que los separa se trata y se ha tratado hace muchos años.

Se considera:

El Tribunal emitió el concepto de que los predios de **Las Piedras** y **El Avallado** no lindan con el de **Pedro Sánchez**, trayendo a la vista las escrituras mencionadas, otorgadas al señor De la Roche.

La contraparte explica esta aseveración diciendo que si se estiman las ventas al señor De la Roche como de cuerpos ciertos, es justificable lo que dice el sentenciador; mas si se tiene presente que tales cuerpos quedan en el fundo de **El Avallado**, ha de mantenerse que éste sí linda con **Pedro Sánchez**.

Las partes han sostenido que los predios son limítrofes y la Corte no encuentra grave la presente acusación por este motivo: como se vio, la línea de la diligencia de apeo, transcrita antes, va por el zanjón de **Montegrande**, desde su nacimiento al desemboque en la ciénaga grande. Ahora bien: el Juez dispuso en su sentencia llevar a cabo la diligencia de posesión, ordenada en el auto de veinticinco de mayo de mil novecientos veintiséis, la cual se refiere a la línea susodicha, y el Tribunal confirmó la sentencia del Juez. Luego los conceptos acusados, dándolos por erróneos, no llevaron al sentenciador a desconocer el zanjón de **Montegrande** como línea limítrofe. Es doctrina de casación que "si la sentencia es legal en el fondo, los conceptos consignados en la parte motiva del fallo, aunque no todos fueren jurídicos, no pueden aducirse para casar la sentencia, porque los conceptos que informan la parte considerativa de un fallo, bien o mal expuestos, no constituyen el fondo de la decisión, la cual puede ser inobjetable, no obstante no haberse expuesto sus verdaderos fundamentos jurídicos."

Adviértase que el predio de **Pedro Sánchez** no puede pasar del zanjón de **Montegrande**, según los títulos; de donde se sigue que, en el caso de haberse incidido en error evidente de hecho o de derecho por el Tribunal, **El Avallado** no queda perjudicado por el lindero con aquel predio: tendrán entonces los comuneros del expresado **Avallado** que discutir una cuestión de deslinde con los dueños de las porciones del señor De la Roche.

En resumen: a pesar de los conceptos tildados, el Tribunal no decidió en contra de la tesis de que **Avallado** y **Pedro Sánchez** colindan por el zanjón de **Montegrande**; de donde se sigue que no hay porqué casar la sentencia por razón de este motivo.

En el segundo motivo se dice:

"He mostrado en el recuento de los hechos que, con una inspección ocular, con dictamen de peritos y con declaración de varios testigos, se probó plenamente en segunda instancia que la línea de mojones de piedra que se tenía como resultado del deslinde, estaba corrida cosa de diez metros hacia el Norte; y que al darse la posesión de los predios de **Pedro Sánchez** y **El Avallado** conforme a esa línea, se cercenaba gran parte de los terrenos del señor Julio Villegas J.: **Avallado** y **Piedras**. Vencido el Tribunal ante la evidencia de estas pruebas, tuvo esta salida:

'La exposición de los peritos, consistente en afirmar que los tres mojones claramente se ve u observa que han sido movidos hacia el Norte, en línea recta, diez metros próximamente, se funda en los informes que les dio el señor Villegas, en las declaraciones de los testigos que se acaban de nombrar, y en lo que vieron el día de la inspección ocular. Esta prueba, como la anterior, servirá para el día que se dé la posesión e identifique la línea del deslinde.'

"Esto equivale—sigue el recurrente—a reconocer el derecho y negar la acción que del mismo derecho se desprende. Lo que viola directamente la disposición del artículo 272 de la Ley 105 de 1890, en virtud de la cual se admitió la demanda del señor Villegas J.; y la disposición ya citada del artículo 863 del Código Judicial, ambas de carácter sustantivo."

Se considera:

Si los mojones de piedra fueron movidos después de la diligencia de apeo, la prueba aducida por el opositor Villegas sobre el particular servirá para hacer la rectificación del caso cuando vaya a darse la posesión. La línea está trazada en la diligencia de doce de septiembre de mil novecientos doce y al identificarla sobre el terreno, cuando se llegue la posesión, se tendrá presente lo probado acerca del cambio de los mojones; mas por semejante cambio subrepticio no se advierte motivo para desconocer aquella línea. Para la Corte, pues, es razonable **la advertencia del Tribunal**. Ni se comprende porqué haya sido violado, a causa de tal advertencia, el artículo 272 de la Ley 105 de 1890, disposición puramente procedimental, que por cierto no es la que le dio ingreso a Villegas en el presente negocio, ni el 863 del Código Judicial, supuesto que a don Julio no se le ha negado esta intervención.

Hé aquí el tercer motivo, según las palabras del recurrente:

"La circunstancia de ser variable el cauce del zanjón o quebrada de **Montegrande** y de estar dividido a cierta distancia en varios canales, como está demostrado en los autos y lo hice notar en el recuento de los hechos, hace que, siguiendo los desvíos hacia el Norte, la línea cambie de rumbo y se lleve por delante los predios del **Avallado** y de **Piedras**. Mientras que averiguando el curso antiguo de la dicha quebrada **Montegrande**, que es el lindero señalado por la diligencia de mil ochocientos treinta y ocho, invocada por mi poderdante, traída en copia auténtica a los autos y desatendida sin saberse porqué por el Tribunal sentenciador, cesará toda dificultad en el deslinde, dificultad que todavía no ha sido vencida ni lo será sino el día que se desentrañe la verdad que acabo de enunciar. Al no atender el Tribunal la prueba que suministra la diligencia de mil ochocientos treinta y ocho, ha violado no sólo los artículos ya citados, sino también el 900 del Código Civil."

Se considera:

En la mencionada diligencia de posesión de siete de mayo de mil ochocientos treinta y ocho (folio 60 del cuaderno de la oposición de Villegas), se dijo que era claro que el cauce de la quebrada **Montegrande** formaba la división de **Pedro Sánchez** y **Avallado** hasta donde riega, "desde cuyo punto, con inspección de peritos, se averiguará su curso antiguo para la división arreglada a él hasta la ciénaga, pues que la piedra fue fijada en dicha quebrada de **Montegrande**, al pie de la lomita, según consta de la posesión de dos de mayo de mil ochocientos veintiuno."

Ahora bien: en la tántas veces citada diligencia de doce de septiembre de mil novecientos doce se determinó como línea el zanjón de **Montegrande**, desde su nacimiento al desemboque en la ciénaga, y de este punto la recta que se enlace con el mojón puesto en la mitad de **la ciénaga.**

El Tribunal expuso que en aquella diligencia de posesión no se precisó el curso antiguo de **Montegrande** ni el opositor ha demostrado cuál es, y luégo agregó que la línea fijada en mil novecientos doce está de acuerdo con los títulos "y aun con la expresada posesión de mil ochocientos treinta y ocho." Vese por esto que el sentenciador no desatendió dicha diligencia, pues estudiándola, manifestó que se halla conforme con la línea últimamente citada. Si en tal aseveración se contiene un error evidente de hecho, es punto que el recurrente no ha demostrado, ni mucho menos lo advierte la Corte. Entretanto, para desechar el cargo basta tener presente que el sentenciador sí estimó la diligencia de posesión de que se trata.

No ha habido, pues, la violación de los textos del Código Judicial a que se alude, ni la del artículo 900 del Código Civil: en lo tocante a éste, adviértase que el Tribunal no les ha negado a los comuneros de **Avallado** el derecho a que se fije el límite con **Pedro Sánchez.**

Es del tenor siguiente el cuarto y último motivo:

"Al concluír el Tribunal de Buga la parte motiva de la sentencia recurrida, se expresa de esta manera:

'Puesto que el señor Villegas no ha demostrado que **Las Piedras** y **Avallado** limitan con **Pedro Sánchez** y los hechos en que se sustenta su demanda, ni el derecho que tenga para oponerse a la posesión de la línea de deslinde, no hay lugar a hacer las declaraciones que solicita.'

"Dadas las observaciones y demostraciones que he hecho acerca de los hechos que resultan plenamente probados en los autos, a los cuales, en alguna ocasión ya anotada, tuvo que rendirse el Tribunal sentenciador, sin resolverse, sin embargo, a decretar la acción demandada, considero violadas las disposiciones sustantivas del Código Judicial contenidas en los artículos 542 y 543, por indebida aplicación al caso del pleito."

No es éste—observa la Corte—propiamente un cargo nuevo, sino el resumen de los anteriores, ya examinados y desechados. Recuérdese lo dicho antes acerca de que si hay error en la afirmación de que no colindan los predios de **Avallado** y **Pedro Sánchez,** él no es motivo suficiente para infirmar el fallo; y como resulta demostrado en el cuerpo de la presente providencia que el opositor no acreditó los motivos de casación que alega, no han sido quebrantados los mentados artículos 542 y 543, sino que, al contrario, el Tribunal les dio correcta aplicación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es casable la sentencia del Tribunal de Buga a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper,** Secretario en **propiedad.**

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

El doctor Pedro A. Posse Camargo, como apoderado de los señores Luis, Gustavo, Gilberto y Ernestina Reyes Rojas, demandó ante el Juez del Circuito de Bucaramanga a la Sociedad Agrícola de Cusamán, representada por su Gerente Eliseo Serrano C., para que, mediante la tramitación de un juicio ordinario, se hiciesen en la sentencia definitiva estas declaraciones:

"Primera. Que es nulo el remate de los bienes que tuvo lugar el diez y seis de marzo de mil novecientos diez y ocho, en el Juzagado 2º del Circuito de Bucaramanga, en el juicio mortuorio del señor Leonardo Reyes, verificado por el Gerente de la Sociedad demandada en nombre de ésta, por no haber cumplido el rematador con los deberes de su cargo, y por implicar esta forma el concierto de los acreedores rematadores para evitar la competencia.

"Segunda. Que, en consecuencia de la anterior declaración, la Compañía demandada debe restituír los bienes rematados a los demandantes dentro del término de seis días, con sus accesiones y frutos, no sólo los percibidos sino los que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, desde el día en que la entidad demandada entró en posesión de los bienes, hasta que verifique la entrega, como poseedora de mala fe.

"Tercera. Que la entidad demandada debe indemnizar los perjuicios a los demandantes.

"En subsidio de la petición primera, dejando subsistentes las consecuenciales, pido:

"Cuarta. Que se declare resuelto el contrato de venta en pública subasta a que me he venido refiriendo, por no haber pagado el rematador el precio de ella.

"Si las anteriores declaraciones principales y subsidiarias no quieren hacerse para mis representados personalmente, en subsidio pido que se hagan en favor de la sucesión del señor Leonardo Reyes."

Citó en apoyo de esta demanda los artículos 669, 673, 713, 765, 1740, 1741, 1746, 1747, 1751, 1756, 1928, 1930, 1932 del Código Civil; 86 de la Ley 153 de 1887; 15 de la Ley 95 de 1890; 54 de la Ley 40 de 1907; 202 de la Ley 105 de 1890; 1070 del Código Judicial, y los hechos siguientes:

"1º Mis representados son herederos adjudicatarios de los bienes perseguidos en esta demanda, en calidad de hijos legítimos del señor Leonardo Reyes.

"2º Los referidos bienes fueron inventariados como de propiedad del mismo don Leonardo Reyes en el respectivo juicio mortuorio, y hallados en poder de la sucesión.

"3º Los mismos bienes les fueron adjudicados a mis poderdantes en la partición de dicha herencia que precedió al remate.

"4º Por medio de la escritura pública número doscientos ochenta, varias veces citada, los acreedores se unieron para rematar, sin competencia, las indicadas propiedades.

"5º El señor Federico C. Hansen, en su carácter de Gerente de la Sociedad Agrícola de Cusamán, fue el único postor en el remate, y remató para la indicada entidad, esto es, para los acreedores.

"6º El rematador no pagó el precio del remate, que fue aprobado por petición de los acreedores y del curador **ad litem**, por la simple manifestación hecha por aquéllos de haber recibido el pago de sus créditos.

"7º A la sociedad rematadora se le hizo entrega de los bienes rematados, y esa misma es la actual poseedora de ellos.

"8º Los demandantes no han enajenado sus derechos.

"9º Entre los bienes rematados se halla la hacienda de Cusamán, una de las más valiosas de Santander."

Corrigió esta demanda el apoderado de la parte actora, en el sentido de señalar como Gerente de la Compañía demandada al señor Felipe Serrano M.

Hecha la corrección y corrido el traslado respectivo, el Gerente de la Compañía contestó la demanda, aceptando unos hechos, negando otros, y oponiéndose a las pretensiones de los actores.

A su turno, los contrademandó para que en el caso de que prosperara su demanda se les condenase a pagar a la Compañía Anónima Agrícola de Cusamán, la suma de ciento setenta y tres mil cuatrocientos pesos, noventa y cuatro centavos en oro legal ($ 173,400-94) y los intereses de esta suma hasta el día del pago.

Hizo una detallada enumeración de todas las deudas que gravitan sobre la sucesión de Leonardo Reyes, causante de los demandados; señaló a los acreedores, y expuso como hechos fundamentales de la contrademanda, los siguientes:

"Primero. El señor Leonardo Reyes debía a las personas que acabo de indicar las sumas que acabo de detallar.

"Segundo. Esas sumas, con los intereses estipulados, valen hasta el treinta y uno de los corrientes, la cantidad de $ 173,400-94 oro legal.

"Tercero. La Sociedad Anónima Agrícola de Cusamán se subrogó en los derechos de los acreedores del mencionado señor Reyes, por haber cubierto sus respectivas acreencias.

"Cuarto. Los contrademandados, si obtuvieran lo que pretenden, llevarían a su patrimonio los bienes de la sucesión, y consiguientemente sus cargas.

"5º Los contrademandados han llegado al colmo de la temeridad al pretender que se les devuelva lo pagado legítimamente a los acreedores de Leonardo Reyes, su padre."

En derecho citó los artículos 1008, 1011, 1666, 1667, 1668 y 1670 del Código Civil.

Contestada negativamente la demanda, y seguido el juicio por sus trámites propios, el Juez lo falló así:

"Primero. No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas por los señores Luis, Gustavo, Gilberto y Ernestina Reyes Rojas, en su escrito de demanda que ha sido materia de este fallo, y absuelve, en consecuencia, a los demandados de los cargos de la demanda.

"Segundo. Como consecuencia de lo anteriormente resuelto, y siendo subsidiaria la reconvención propuesta por los demandados, no es el caso de hacer la declaración pedida en dicha demanda; y

"Tercero. Condénase en costas a los demandantes, las cuales serán tasadas en forma legal."

El Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó, con la correspondiente condenación en costas, la sentencia anterior.

Contra la del Tribunal, los personeros de los actores interpusieron recurso de casación, que la Corte admite, por estar ajustado a las prescripciones legales, y procede a resolverlo mediante el estudio de la demanda de casación.

Relación de los hechos:

Muerto el señor Leonardo Reyes, su señora viuda, doña Elena de Reyes, se presentó ante el Juez del Circuito de Bucaramanga pidiendo que se abriera la sucesión de su marido, y manifestando que renunciaba los gananciales y su porción conyugal; que aceptaba la herencia en nombre de sus hijos menores con beneficio de inventario; que se procediera a la formación judicial de éste, con citación de los acreedores, que enumeró detalladamente, y cuyos créditos reconoció como legítimos en su propio nombre y en representación de sus hijos menores.

Verificados los inventarios y avaluados los bienes que quedaron a la muerte del señor Reyes, se procedió a la partición, que se redujo a formar un lote o hijuela destinado a pagar a prorrata las deudas que afectaban la sucesión, desde luégo que los bienes relictos no alcanzaban para cubrir la totalidad de las deudas.

Dijo el partidor:

"La cónyuge sobreviviente, señora Elena Rojas, renunció expresamente a todo derecho que le pudiera corresponder en la sucesión de su esposo, por razón de gananciales o de porción conyugal, y en representación de sus menores hijos, antes nombrados, aceptó la herencia que a éstos pudiera corresponder como hijos legítimos del causante en la sucesión del mismo con beneficio de inventario. El nombrado señor Reyes dejó algunos bienes de fortuna, pero estos bienes no alcanzan a cubrir los créditos que afectan a la sucesión, ni siquiera en la totalidad de sus principales, pues todos ellos ganan intereses, por lo cual carece de objeto proceder a la liquidación de la sucesión fallida, puesto que nada alcanza para los herederos, y basta cumplir con el deber legal de formar el lote o hijuela destinado para el pago de las deudas, hasta donde alcancen los bienes, los cuales serán vendidos en pública subasta, por haber menores interesados en la sucesión como herederos, para que el producto de la venta sea distribuído entre todos los acreedores reconocidos, a prorrata, de sus respectivas acreencias, toda vez que no hay créditos privilegiados, y así lo han solicitado todos los acreedores."

Estos antecedentes explican lo que ocurrió después, esto es, que los acreedores constituyeron una Sociedad denominada Compañía Agrícola de Cusamán, cuyo objeto fue el de rematar los haberes de la sucesión del señor Leonardo Reyes, por cuenta de los créditos de los socios a cargo de dicha sucesión, explotar esos haberes y proceder a su realización en la forma y tiempo más convenientes para los intereses de los acreedores.

La Sociedad hizo el remate de tales bienes, y los acreedores declararon que habían recibido las sumas proporcionales respectivas que correspondían a cada uno en el valor del remate, y que el rematador había cumplido con lo de su cargo.

Contra ese remate se dirigen las acciones establecidas por los herederos del señor Leonardo Reyes, para que se declare nulo, por no haber cumplido el rematador con los deberes de su cargo, y por implicar la forma en que se hizo el remate, el concierto de los acreedores para evitar la competencia; y en subsidio, para que se

declare resuelto el contrato de venta en pública subasta, por no haber pagado el rematador el precio de ella.

Como el Tribunal negó estas peticiones, confirmando la sentencia del Juez, que fue absolutoria, los demandantes, como se ha dicho, se alzaron en casación.

Los personeros de los recurrentes, ante el Tribunal, alegan la primera causal de casación, por haber incurrido éste en error de hecho y de derecho en la apreciación de la diligencia de remate, pues en ella consta que el rematador no pagó el precio del remate dentro de las veinticuatro horas siguientes a la licitación, sino que para la prestación de lo debido, presentó un recibo de los acreedores hereditarios sobre pago de sus créditos hecho por el rematador. Consta también, siguen diciendo los recurrentes, que el rematador era a la fecha del remate el Gerente de la Sociedad Anónima de Cusamán, de modo que sólo fue un instrumento de los acreedores para pagarse, por sí y ante sí, el valor de sus créditos, validos de la diligencia de remate; concepto éste que tiene mayor fuerza si se tiene en cuenta que el remate se hizo para la Compañía de Cusamán y nó para los acreedores individualmente considerados; y como el Tribunal ha estimado que el pago fue efectivo, erró de modo evidente en la apreciación de las pruebas que se dejan citadas, y violó los artículos 1226 y 1634 del Código Civil, porque no basta para que el pago sea efectivo que se entregue la cantidad debida, en el supuesto de que se hubiera entregado, sino a la persona autorizada legalmente para recibirla; y de autos consta que esa persona o esas personas autorizadas eran los herederos de Leonardo Reyes, porque fue a éstos a quienes se les adjudicó expresamente el lote de deudas, digamos el valor del remate, en la partición, sin que obste como argumento en contrario, que el rematador llevó un recibo de los acreedores de la sucesión, porque si bien es evidente que la formalidad del remate tuvo por objeto el pago a los acreedores de la herencia, esto no implica que el precio debiera entregárseles directamente, y no por conducto de los dueños de los bienes, ora porque esto es lo indicado por la ley, y ora porque se les arrebató, con tal proceder, los derechos y excepciones que pudiesen tener en contra de esos acreedores, derechos y excepciones que por razón de la menor edad de los herederos, tenían que ejercitarse por un curador general, que recibiera el dinero y le diera el destino indicado en la cartilla respectiva.

Consecuencialmente, en sentir de los recurrentes, se violaron otras disposiciones de la ley civil: la del artículo 256 de la Ley 105 de 1890, porque no existiendo albacea, y siendo los herederos menores de edad, ha debido mantenerse el dinero del precio en depósito, hasta que se dictara el auto aprobatorio de la partición y se nombrara el curador; la del artículo 741 del Código Civil, porque al darle la sentencia aplicación a esta disposición, se consideró el remate como venta forzada, llevada a cabo por decreto judicial, a petición de un acreedor, siendo así que la venta contemplada es voluntaria, y se verificó, no a petición del acreedor, sino del partidor o herederos, en el juicio mortuorio de Leonardo Reyes. Dicen los recurrentes que entre una y otra venta hay cardinal diferencia, desde el punto de vista adoptado, como que en la venta forzada el Juez, como representante del ejecutado, está autorizado no sólo para cobrar y recibir el precio, sino también para pagarlo a los acreedores a pesar de oposición del ejecutado, mientras que en la venta voluntaria el Juez debe entregar el dinero a los dueños de los bienes materia del remate, que en el remate en cuestión lo eran los herederos, sin que para justificar tal irregularidad tenga aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1892, en que se previene seguir en el remate voluntario el procedimiento adoptado en el juicio ejecutivo, sencillamente porque en uno y otro el procedimiento no puede afectar los derechos civiles.

Se violó también, dicen los recurrentes, el artículo 1073 del Código Judicial, porque, según él, el rematador debe pagar el precio a más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes; sin este requisito, que es esencial, no hay remate, y bien se ve que la sentencia hizo caso omiso de este precepto, al reconocer como válido el remate, en lugar de declarar la resolución del contrato, tal como se solicitó en la demanda. Y no se diga que sí se pagó el precio dentro del plazo expresado, so pretexto del recibo de que se ha hecho alusión, porque ya se ha visto arriba que ese recibo podrán extenderlo eficazmente, no los acreedores, sino los herederos, como dueños y adjudicatarios de los bienes rematados.

Por último, fue violado, en concepto de los recurrentes, el artículo 1930 del Código Civil, por virtud del cual, si el comprador estuviere en mora de pagar el precio en el lugar y el tiempo estipulados, el vendedor tendrá derecho de exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios, y en la sentencia se ha negado la resolución y la indemnización solicitadas en el escrito de demanda, por la causa apuntada.

Advierten también los autores del recurso que hubo error de derecho en la sentencia, al apreciar el recibo de los acreedores, porque el artículo 1073 del Código Judicial se refiere a los acreedores en juicio ejecutivo, cuando el remate se ha hecho a petición de ellos y no de los dueños de los bienes rematados; pero en el supuesto de que se tratara de ese caso, el documento o recibo tampoco tendría valor, porque el artículo dicho exige un convenio o aceptación del deudor o deudores, y como éstos eran menores de edad, no podían consentir, y tampoco su curador **ad litem**, como que sus funciones y personerías se reducen a la litis.

Considera la Corte:

El punto capital de la acusación consiste en que, no habiéndose pagado el valor del remate en los términos que indica el artículo 1073 del Código Judicial, debió declararse la resolución de la venta de los bienes de la sucesión de Leonardo Reyes, hecha en pública subasta.

Debe recordarse que estando la sucesión **fallida**, como dijo el partidor, puesto que los bienes relictos no alcanzaban para pagar las deudas reconocidas, aquél se limitó a formar un lote o hijuela, destinado para pagar a prorrata las deudas que afectaban la sucesión del señor Reyes, que ascendían a cincuenta y tres mil setecientos cuarenta y ocho pesos, cincuenta y cinco centavos ($ 53,748-55), sin incluír intereses, que, liquidados conforme a la demanda de reconvención, hacían subir la deuda a más de ciento setenta y tres mil pesos ($ 173,000).

El lote de bienes que formaban la hijuela para pagar las deudas, apenas alcanzan un valor de veintisiete mil pesos.

En la partición se ordenó que tal lote se vendiera en pública subasta, por haber menores interesados en la sucesión como herederos, para que el producto de la venta fuera distribuído entre los acreedores, a prorrata de sus respectivas acreencias, y con tal obligación se

adjudicó a los herederos para que, con el producto de la venta de tales bienes, en pública subasta, se pagaran a prorrata los mencionados créditos.

En cumplimiento de lo dispuesto por el partidor, se procedió al remate, y la Compañía Agrícola de Cusamán, formada por los acreedores para rematar los bienes destinados a cubrir sus créditos, se presentó como postora en la licitación pública; a dicha Compañía se le adjudicó el remate, y presentó, para pagar su valor, un recibo de los acreedores, que manifestaron haberles cubierto parte de sus créditos, proporcionalmente, de acuerdo con el derecho que les otorgaba la partición.

En vista de estos hechos, no puede afirmarse que el pago del remate no se verificara, desde luégo que es patente el fenómeno de la compensación. Lo mismo daba que el rematador hubiera consignado ante el Juez el valor del remate, para que éste fuera distribuído entre los acreedores, y expidieran el recibo del caso, que aceptar como pago la manifestación de éstos de haber recibido lo que conforme a la partición debía corresponderles.

El remate se hizo dentro del juicio de sucesión, para dar cumplimiento a lo ordenado por el partidor, a fin de pagar a los acreedores con la hijuela formada para las deudas. Y teniendo en cuenta el Juez que se había cumplido con el objeto de la partición, dictó auto aprobatorio de ella.

Dice el Juez:

"Juzgado 2º del Circuito—Bucaramanga, abril ocho de mil novecientos diez y ocho.

"Vistos:

"Por auto de veintiuno de septiembre próximo pasado se decretó la partición judicial de los bienes relictos por óbito de Leonardo Reyes, entre los reconocidos como interesados en el juicio de sucesión. Nombrado y posesionado el partidor, efectuó su cometido en la forma que se ve de los folios 111 a 114 del expediente. Corrido el traslado de ella, ordenado por el artículo 1283 del Código Judicial, fue aprobada por las partes. Verificado el remate propuesto de los bienes hereditarios para pagar con su producto, a prorrata, los créditos hereditarios, los correspondientes acreedores han manifestado darse por pagados de sus respectivas acreencias, y los que no han hecho esa manifestación tienen consignada en este Despacho la cuota proporcional reconocida, para que la retiren cuando lo tengan a bien. Como la partición no tenía otro objeto que el de pagar en esa forma las deudas de la sucesión, por la circunstancia de haber sido mayor el pasivo que el activo de la mortuoria, y ese pago ya se ha cumplido, en virtud de las manifestaciones aludidas, el Juzgado, de acuerdo con los artículos 1285 y 1291 del Código Judicial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, aprueba la partición propuesta y verificada, y dispone que se protocolice todo lo actuado en una de las Notarías de este Circuito a su debido tiempo.

"(No se ordena lo dispuesto por los incisos 2º y 3º del artículo 1291 del Código citado, por no ser del caso).

"Cópiese y notifíquese.

"**Pedro Gómez Parra—Arturo Albornoz G., Secretario en propiedad.**"

Como se ve, la venta fue forzada dentro del juicio de sucesión, pues no quedaba al arbitrio de los herederos pedirla o nó, desde luégo que estaba ordenada en la partición, con el objeto de pagar las deudas con su producto, y por lo mismo no erró el Tribunal al aplicar al caso el artículo 741 del Código Civil, con lo cual quedan sin fuerza los argumentos de la parte recurrente, relativos a la representación que debió darse a los herederos menores para el remate, distinta de la que tenían en el juicio de sucesión.

Alega el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar la escritura número 230, constitutiva de la Sociedad demandada; pues no consideró que tal escritura constituye la prueba de la colusión que se alega. La lectura de ese instrumento deja entrever muy a las claras que el objeto de la Sociedad no obedeció al ánimo de reunir capitales y esfuerzos para entregarse a la noble profesión de la agricultura. Esa reunión de acreedores, dice el recurrente, se efectuó con el objeto exclusivo de rematar los bienes de la sucesión, y aplicar el producto del remate al pago de sus créditos, a prorrata, para no hacerse competencia, y tener así mayores utilidades; como que sin esa confabulación era más inminente la posibilidad de que el precio se levantara del avalúo, ya por competencia de los mismos acreedores o de extraños. Tuvo, pues, por objeto, obtener el retiro de licitadores o evitar pujas en cambio de mutuas concesiones o utilidades que no habían obtenido en particular cada uno de los referidos socios. Los defectos de que adolece la escritura social, uno de éstos el de no expresar el capital, ni determinar el número y el precio de las acciones, ni las que correspondieron a cada uno de los suscriptores; éstos y otros cabos conducen a la evidencia establecida por escritura pública, de la existencia de la colusión e ilicitud de que habla el artículo 54 de la Ley 40 de 1907. Como consecuencia de este error, dice el personero de los recurrentes ante la Corte, violó el Tribunal el artículo 54 de la Ley 40 de 1907 porque desconoció la colusión que efectivamente se hizo por los acreedores de don Leonardo Reyes, y el artículo 1741 del Código Civil, porque el remate tuvo causa ilícita.

Considérase:

En memorial dirigido al Juzgado del Circuito de Bucaramanga por la señora viuda de don Leonardo Reyes, para pedir que se abriera la sucesión de su marido, dicha señora, hablando en su propio nombre y en el de sus hijos menores, en ejercicio de la patria potestad, como se ha visto, reconoció la legitimidad de los créditos de los veintiocho acreedores que tenía la sucesión, y manifestó que desde el veintiocho de febrero de mil novecientos quince hizo saber a los acreedores, reunidos al efecto en junta, que estaba resuelta a entregarles los bienes de la herencia para cubrirles sus créditos, y que dicha junta nombró una comisión de su seno, por lo cual se vienen administrando tales bienes desde marzo de ese año, en virtud de la entrega que de ellos les hizo.

Ya se vio también que la partición se limitó a formar una hijuela de esos bienes para el pago de las deudas, por no alcanzar su valór para cubrir sino una parte de las deudas, y que allí se ordenó que fueran vendidos en pública subasta para ese objeto.

Así las cosas, los acreedores se constituyeron en sociedad para rematar los bienes, a fin de formalizar una situación de hecho, y conseguir que se cumpliera el mandato de la partición, que era pagarles una parte proporcional de sus créditos.

Ese fue el objeto de la sociedad, y no el que le atribuye el recurrente, de confabulación, para obtener el retiro de licitadores extraños, o evitar pujas en cambio de concesiones de dinero o de otra especie.

No está prohibida la asociación de personas que tienen intereses comunes para hacer postura en un remate; lo que es ilícito es el convenio con posibles licitadores para obtener el retiro de ellos mediante concesiones de dinero u otra especie, pues de esa manera se hace nugatoria la subasta. Los acreedores, ligados por un interés común, que era obtener la solución de una parte de sus créditos, a nadie alejaron de la subasta por obtener ventajas en el valor del remate, y sus propuestas no podían impedir que se presentara cualquier licitador extraño a hacer otra postura en mejores condiciones. No puede tacharse, pues, de errónea la apreciación hecha por el Tribunal de la escritura de Sociedad Agrícola de Cusamán, y, por lo mismo, cae por su base el reparo de haber sido violados los artículos que cita el recurrente, como consecuencia del error de hecho evidente que se atribuye al Tribunal en la apreciación de la escritura.

El apoderado de los recurrentes ante la Corte sostiene que la sociedad anónima constituída por los acreedores no tenía existencia legal el diez y seis de marzo de mil novecientos diez y ocho, porque el instrumento se registró el día veintitrés de marzo de ese año; el extracto notarial no se había registrado en esa fecha, y mucho menos se había hecho publicación de tal extracto, como lo ordena la ley comercial, en armonía con el artículo 2º de la Ley 49 de 1898, sobre sociedades anónimas. En su concepto, se halla establecido en autos que la Sociedad Agrícola de Cusamán no tenía existencia legal el diez y seis de marzo del año de mil novecientos diez y ocho, y de consiguiente carecía de capacidad jurídica para adquirir como persona distinta de cada uno de los socios, e igualmente considera que la escritura número 280, de quince de marzo de dicho año, no tiene ni puede tener, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1760 del Código Civil, otro valor probatorio que el de un documento privado.

Partiendo de este punto de vista del documento privado, dice el recurrente, resulta que se acredita con él un convenio entre los acreedores de don Leonardo Reyes para eliminar toda clase de competencia entre ella, en el acto del remate de los bienes, y, por tanto, para eliminar toda posibilidad de pujas y repujas que alzaran el precio del remate, en perjuicio, como es natural, de los herederos menores del señor Reyes.

Lo que se deja expuesto, concluye el autor del recurso, aparece del texto mismo del documento de quince de marzo de mil novecientos diez y ocho, pues en él consta que el objeto de la colusión era el de rematar los bienes por cuenta de los créditos.

El Tribunal incurrió, pues, en error de hecho evidente, al estimar la escritura número 280 citada; pues ese instrumento no acredita que el diez y seis de marzo existiera una sociedad anónima que tuviera personería distinta de la de cada uno de los firmantes de la escritura, sino un simple convenio entre los acreedores para realizar un remate en forma ventajosa para ellos y en detrimento y perjuicio de los herederos de don Leonardo Reyes.

Como consecuencia de tal error, el autor del recurso es de concepto que el Tribunal violó el artículo 54 de la Ley 40 de 1907, porque desconoció la colusión que efectivamente se hizo por los acreedores de Leonardo Reyes; el artículo 1741 del Código Civil, porque el remate tuvo causa ilícita; el artículo 1760 del mismo Código, porque no estando la escritura número 280 registrada el día diez y seis de marzo de mil novecientos diez y ocho, no tenía valor como instrumento sino como documento privado; el artículo 2079 ibídem, porque el Tribunal reconoció a la escritura el valor de un acto de constitución de una persona jurídica, distinta de las personas que la suscribieron, y los artículos 469, 470 del Código de Comercio, y el artículo 2º de la Ley 42 de 1898, porque sin llenarse los requisitos de esas disposiciones legales, no tiene existencia legal el contrato de sociedad.

Considera la Corte que, según la acusación anterior, el autor del recurso estima probada la colusión de los acreedores, por el hecho de que éstos se unieron en virtud de un documento privado para hacer conjuntamente postura en el remate de los bienes destinados a satisfacer sus acreencias, pues aceptando el argumento de que cuando se verificó el remate no estaba legalmente formada la Sociedad Agrícola de Cusamán, por faltarle el registro a la escritura respectiva, quedaría, según el concepto del recurrente, como un documento privado, que por sí solo acredita la colusión; pero, como ya se ha dicho, la ley no prohibe la asociación de personas que tienen intereses comunes para hacer postura en un remate; lo que es ilícito es el convenio con posibles licitadores para obtener el retiro de ellos mediante concesiones de dinero o de otra especie. En el presente caso, según la partición, debía pagarse a los acreedores con el producto de los bienes, una parte proporcional de sus créditos, menos de la sexta parte a cada uno, de acuerdo con las cuentas hechas en la demanda de reconvención, y no se ha demostrado la ilicitud con que procedieron al presentarse unidos al remate para realizar por ese medio el objeto de la partición, sin perjuicio de obtener mayores rendimientos, si se presentaban licitadores que levantaran el precio del remate, pues la unión de los acreedores no impedía el concurso de otros postores.

Alega también el recurrente que la diligencia de remate no ha sido registrada, y, por tanto, el dominio no se ha transmitido a la llamada Sociedad Agrícola de Cusamán, por lo cual el Tribunal ha debido declarar que el remate no se ha perfeccionado, que por él no se transmitió dominio a la entidad demandada. Por el error de derecho en la apreciación de la diligencia de remate se violaron, en concepto del recurrente, los artículos 756 y 2652 del Código Civil, numeral 7º, por cuanto el Tribunal llegó a una conclusión que no consulta lo ordenado en estos preceptos, infiriendo así agravio al estado de derecho de los demandantes.

Esta acusación, que presenta una faz nueva en la controversia, va contra las peticiones de la demanda, porque en ella se pidió la nulidad del remate, por haberse coludido los acreedores, o resolución del mismo, por falta de pago; y ahora resulta que el remate no está probado por falta de registro, lo que llevaría a la Corte a mantener la absolución, por no haber probado los demandantes un elemento cardinal de su acción: la existencia del remate, ya que, conforme al artículo 2673 del Código Civil, ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o al registro hace fe en juicio, ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en el Código.

Alega el recurrente error de hecho en la apreciación de la prueba, que consiste en los recibos expedidos por los acreedores de don Leonardo Reyes después del remate. Esos recibos fueron expedidos a favor de don Federico C. Hansen, Gerente de la Sociedad Agrícola de Cusamán, por pago hecho por éste, de las sumas proporcionales que correspondían a tales acreedores en el

valor de veintisiete mil ciento cuarenta pesos oro, valor del remate. Pero como los créditos fueron aportados por los acreedores a la Compañía Anónima de Cusamán, guardando la lógica de las cosas es necesario admitir que fueron transferidos a la Sociedad, de acuerdo con los artículos 497, 499 y 569 del Código de Comercio, pues eran esos créditos los únicos que, dado el objeto de la Sociedad, justificaban el interés de sus socios fundadores.

Continúa diciendo el recurrente que quienes verdaderamente eran deudores de la Sociedad eran los acreedores, pues debían el valor de su interés social o acciones de la Compañía, en la proporción de diez pesos cada una; luego resulta absurdo que, habiendo rematado la Sociedad como dueña de los créditos, porque ese era su único capital, aparezca el Gerente después pagando por la Sociedad lo que ya era de ella.

Según el criterio del artículo 497 del Código de Comercio, lo más que puede admitirse es que, como consecuencia de la adjudicación a la Sociedad de los bienes de la sucesión, aquélla abonó a cada accionista el precio de sus acciones, a razón de diez pesos por cada acción. Y a esto equivale la declaración del Gerente de la Sociedad en la llamada escritura de adición y reforma de los estatutos, número 14, de veintidós de marzo de mil novecientos diez y ocho, de la Notaría 1ª de Bucaramanga, la cual figura al folio 1º del cuaderno 3º del juicio. Concluye el recurrente manifestando que esos recibos acusan una falsedad espiritual, por decirlo así; no son tales recibos, y no acreditan el cumplimiento del rematador de las obligaciones de su cargo. Pero el Tribunal sí les dio fuerza probatoria a esos documentos, porque los interpretó como verdaderos recibos o descargos por pagos hechos a los acreedores por el rematador.

De este error de hecho, concluye el autor del recurso, proviene la violación de los artículos 1070, 1073 y 1082 del Código Judicial, por cuanto la apreciación errónea de los recibos llevó al sentenciador al desconocimiento de esos preceptos; del artículo 1766 del Código Civil, porque el Tribunal le dio a los recibos valor probatorio, contra las declaraciones de la escritura número 280, de la Notaría de Bucaramanga, y de los artículos 479 y 569 del Código de Comercio, por cuanto los acreedores que expidieron los recibos al señor Hansen no tenían el carácter de acreedores independientemente de la Sociedad Agrícola de Cusamán, a la cual habían aportado sus créditos para formar el único capital que tenía la Sociedad, la única base para el contrato de asociación. De lo contrario, no podía admitirse que hubo contrato de sociedad.

Considera la Corte que esta afirmación descansa sobre un supuesto que no está demostrado, esto es, que los socios que constituyeron la Sociedad Agrícola de Cusamán hubieran transferido a esta Sociedad los créditos nominativos que tenían contra la sucesión del señor Leonardo Reyes, y que constituyó el capital social.

Conforme al artículo 497 del Código de Comercio, el socio que aportare créditos nominativos o a la orden, deberá transferir los primeros y endosar los segundos a favor de la Sociedad, pero su importe no será abonado en cuenta hasta que haya ingresado efectivamente a la caja social. No habiendo hecho la transferencia, es claro que los créditos estaban en cabeza de los acreedores, y eran ellos los que podían expedir los recibos, una vez efectuado el pago por medio del remate, siendo así que el valor de éste estaba destinado por la partición para cubrir sus acreencias. Ahora, una vez satisfechos sus créditos, su importe fue abonado en cuenta, de acuerdo con la parte final del mencionado artículo 497 del Código de Comercio, y de allí la reforma de los estatutos de la Sociedad, en que el Gerente de la Compañía, debidamente autorizado, declaró que el capital de ella era de veintisiete mil ciento cuarenta pesos ($ 27,140), dividido en dos mil setecientas catorce acciones de a diez pesos oro legal cada una, por haber sido esa suma el valor del remate. Y esto en cumplimiento del artículo 3º de la escritura social, que dice:

"El capital de la Sociedad será la cantidad por la cual se le adjudiquen los bienes que se propone rematar, dividido en tantas acciones nominativas de diez pesos oro cada una, cuantas sean necesarias para cubrir dicha cantidad."

Pero como toda la alegación del autor del recurso se contrae a sostener que no fue cubierto el valor del remate, para deducir de allí la resolución de éste, es de todo punto claro que la manifestación hecha ante el Juez por los acreedores de haber sido pagados a prorrata sus créditos en el valor del remate, destinado para ese objeto, como se ha visto, es no sólo la prueba concluyente del pago, sino del estricto cumplimiento del mandato de la partición.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el veintitrés de abril de mil novecientos veintinueve, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Vistos:

El doctor Rafael Ruiz Manrique, como apoderado de la señora Ana Tulia Bernal de Forero, demandó en vía ordinaria al señor Felipe Forero, esposo de la última, para que se decrete la separación de bienes y la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal habida entre ellos.

Invocó el demandante como causales de separación "administración fraudulenta del marido, absoluto abandono de los deberes de esposo y de padre, los ultrajes, el trato cruel y maltratamientos de obra en términos de hacer imposible la paz y el sosiego domésticos," y como hechos de la demanda alegó los siguientes:

"1º La señora Ana Tulia Bernal es casada legítimamente por los ritos de la Iglesia Católica con el señor Felipe Forero.

"2º Desde hace ocho años, poco más o menos, el señor Felipe Forero, con hechos positivos suyos, ha hecho imposible la paz y el sosiego doméstico del hogar.

"3° El demandado señor Forero no le suministra a su esposa hace ya bastante tiempo, lo necesario para los gastos de la casa, ni le da lo necesario para el vestido de ella y de su menor hija Ana Mercedes.

"4° Hace cerca de un año el señor Forero le pegó a su esposa, la señora Ana Tulia Bernal y la llenó de oprobios.

"5° Desde el día en que por última vez le pegó a su esposa, aun cuando vive en la misma casa, no han vuelto a tratarse y con frecuencia le manda razones amenazantes a la señora, aun con sus propios hijos.

"6° Los bienes que a la señora Bernal de Forero le correspondieron por herencia de su padre, se los vendió su esposo y ha reducido a dinero los bienes de la sociedad conyugal con el fin de abandonar el país, dejando a su esposa y a sus hijos en la miseria."

En apoyo de esta demanda invocó el actor las disposiciones de los artículos 154, 200, 201, 202, 203 y 209 del Código Civil; 2° y 3° de la Ley 8ª de 1922 y los artículos 929, 930 y siguientes del Código Judicial.

El demandado se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas y negó los hechos de la demanda con excepción del primero.

El Juez falló la controversia en estos términos:

"Decrétase la separación de bienes entre los cónyuges Felipe Forero y Ana Tulia Bernal de Forero, y la consiguiente disolución de la sociedad conyugal existente entre ellos por su matrimonio; separación y disolución que producirán todas sus consecuencias legales. Nombren las partes el liquidador que deba hacer la partición. Las costas del presente juicio serán de cargo del demandado Forero."

Apelado este fallo por el demandado, el Tribunal lo revocó y absolvió a la misma parte de todos los cargos de la demanda.

En tiempo interpuso el demandante recurso de casación contra la sentencia del Tribunal que lleva fecha veintitrés de abril de mil novecientos veintinueve, y se le otorgó. Conforme al numeral 2° del artículo 149 de la Ley 40 de 1907, es admisible el recurso.

Se alegó la primera causal de casación por violación directa de la ley sustantiva, mala apreciación e indebida aplicación de ella, error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, falta de apreciación de otras y error de derecho. La demanda contiene varios cargos:

1° Violación del artículo 200 del Código Civil y consecuencialmente de los artículos 1759, 1761, 1763, 1765, 1768, 1769 de la misma obra y 556, 618, 691 y 694 del Código Judicial, por error evidente de hecho al dejar de apreciar varias pruebas que el recurrente señala, y con las cuales a su juicio se acredita la administración fraudulenta del demandado en los bienes de su esposa.

En desarrollo de este cargo dice el recurrente que en el hecho sexto de la demanda se afirmó que el demandado vendió los bienes que le correspondieron a su esposa Ana Tulia Bernal por herencia de su padre y redujo a dinero los bienes de la sociedad conyugal para abandonar el país y dejar a la misma esposa con sus hijos en la miseria, a lo cual el demandado contestó que fue la misma demandante quien vendió la parte que le correspondió por esa herencia y recibió ese valor que colocó en el Banco Mercantil Americano, conforme a la cuenta que trajo a los autos. Pero que esa afirmación no es exacta porque la demandante sólo recibió de esa venta un crédito por la suma de dos mil ochocientos treinta y cuatro pesos; que lo ocurrido con la cuenta del Banco Americano fue que la madre de la demandante, en vista de que el esposo de ésta no le daba con qué sostenerse con su familia, le prestó $ 4,000 que aquélla fue sacando periódicamente del Banco, pero que la cuenta no se abrió con el producto de los bienes vendidos, sino que de esa suma dispuso íntegramente el demandado. Que el Tribunal no tuvo en cuenta la copia de esa cuenta ni la confesión del demandado de haberse ausentado para el Exterior, ni la escritura de partición de los bienes del padre de Ana Tulia Bernal, y apreció mal estos otros, por cuanto dijo que se referían a hechos ocurridos con posterioridad a la demanda, a saber: el documento suscrito por Hernando Forero el tres de octubre de mil novecientos veintiséis, reconocido ante el Juez Municipal de Lenguazaque el diez y seis del mismo mes, por el cual Felipe Forero vendió a su hijo Hernando todos los muebles de la casa situada en Zipaquirá; la autorización suscrita por el mismo Felipe Forero para la venta de esos muebles, también de octubre de 1926, y la escritura número 34, de fecha 18 de enero de 1927, otorgada ante el Notario de Zipaquirá, por la cual Felipe Forero demandado arrendó a su hijo Alfredo Forero por el término de cinco años la casa que conservaba la demandante como herencia de su padre.

Acerca de la causal de separación de bienes por administración fraudulenta del demandado Forero, dijo el Tribunal que no estaba comprobada por estos motivos: porque no bastaba alegar en abstracto la causal de separación sino que era preciso invocar hechos concretos que la acreditaran y ocurridos con anterioridad a la demanda; que en este caso no se habían alegado esos hechos concretos, pero que aun considerando que fueran tales los de que trata el hecho sexto de la demanda, o sea el de haber vendido el demandado unos bienes de su esposa y haber arrendado otros de la sociedad conyugal, con esas operaciones no se acreditaba la causal de separación por administración fraudulenta, por haber ocurrido todas ellas con posterioridad a la presentación de la demanda.

Se observa:

No menciona el Tribunal en el concepto anterior la escritura número 400, de fecha doce de junio de 1924, otorgada en la Notaría de Zipaquirá, por la cual se hizo la partición amigable y adjudicación de los bienes de la sucesión del señor Abdón Bernal en que se adjudicó a Ana Tulia Bernal un crédito por la suma de dos mil ochocientos treinta y cuatro pesos cuarenta y cuatro centavos ($ 2,834-44), y una casa en Zipaquirá; ni la confesión del demandado en la contestación de la demanda, sobre su viaje a la costa; ni tampoco menciona el sentenciador la prueba de la cuenta corriente de que habla el recurrente. Pero esa omisión no es suficiente para casar el fallo, por tener éste otros fundamentos. Efectivamente, aunque se admita que el demandado Forero cogiera el valor total de la finca de propiedad de Ana Tulia de Forero, llamada Los Cerezos, como esta señora lo afirma, y que no fuera cierto que ésta lo gastara, de estos hechos no puede deducirse el fraude del mismo Forero, porque es sabido que el marido tiene, conforme a la ley, facultad de vender los bienes propios de su mujer mediante ciertas formalidades, y también

los bienes de la sociedad conyugal, y no consta que en la venta de que se trata hubiera habido dolo por parte del demandado, o maniobras que lo constituyan, máxime cuando esa venta tuvo que ser autorizada por el Juez. Por otra parte, la confesión de Forero de haberse ausentado para la Costa, no es prueba de que hubiera sido con el fin de dejar a su esposa e hijos en la miseria. Ni siquiera aparece que tal viaje hubiera ocurrido a raíz de la venta de tales bienes. Tampoco aparece que Forero hubiera vendido la otra finca que se adjudicó a su esposa. De modo que por no haber considerado expresamente el Tribunal las pruebas anteriores, no violó el artículo 200 del Código Civil, ni las demás disposiciones de esta obra que el recurrente cita, ni las del Código Judicial, relativas a la prueba de confesión, porque aun teniéndolas en cuenta no comprueban el cargo.

Dice también el recurrente que el Tribunal erró de derecho al apreciar el documento suscrito por Hernando Forero, de fecha tres de octubre de mil novecientos veintiséis, la autorización dada por Felipe Forero a Alfredo del mismo apellido, en el mismo mes y año y la escritura número 34, de 18 de enero de 1927, otorgada en la Notaría de Zipaquirá, y por consecuencia de ese error violó las mismas disposiciones citadas.

Se contesta:

Respecto de estos tres documentos dijo el Tribunal que no servían para estimar probada la causal de separación de bienes por administración fraudulenta, por cuanto se refieren a hechos ocurridos con posterioridad a la presentación de la demanda. El recurrente no acusó este concepto del Tribunal y por consiguiente la Corte no puede entrar a estudiarlo.

2º cargo. Violación del artículo 154 del Código Civil en sus numerales 4º y 5º, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, por interpretación errónea.

Respecto de las causales de separación de bienes por absoluto abandono del marido de sus deberes de esposo y de padre, ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra, en condiciones de hacer imposible la paz y el sosiego doméstico, que se alegaron en este juicio, dice el Tribunal:

"Tanto el abandono de los deberes de esposo y padre como los maltratamientos de obra o de palabra establecidos por la ley como causales de divorcio—y también de separación por virtud de la Ley 8ª dicha (de 1922)—no son abandono y maltratamientos de cualquier clase, o mejor, no son relativos. El legislador sabía de sobra que humanamente considerados los hechos de esta clase, ellos ocurren o pueden ocurrir dentro de la vida conyugal por múltiples y variadas causas; de modo que si por tales hechos se hubiera autorizado el divorcio, se habría consagrado la disolubilidad y la anormalidad que tanto se preocupó el legislador colombiano por prevenir y evitar. Por este motivo—continúa el Tribunal—la ley, al establecer las causales, habla de algo **definitivo**, o cuando menos reiterado o frecuente en el número de los hechos y **crónico** respecto del tiempo, y así dijo que el abandono debe ser **absoluto** y los maltratamientos de obra o de palabra—ultrajes—sólo cuando hacen imposibles la paz y la tranquilidad domésticas. Lo mismo quiso con la causal de embriaguez de uno de los cónyuges, en cuanto se exige que ella sea habitual. De consiguiente, de los hechos de la demanda y de su prueba debe aparecer claramente la cualidad especial que la ley exige en aquellas causales de divorcio y de separación."

Sostiene el recurrente que es erróneo este concepto del Tribunal, porque cuando el legislador autorizó la separación de bienes por el hecho de abandonar el marido, o mejor, dejar de cumplir para con su esposa y sus hijos los deberes que las leyes le imponen, quiso, de un lado, sancionar esa falta o negligencia del marido; y de otro, acabar con un estado de hecho que rompe el equilibrio doméstico. Consideró la separación de bienes como sanción suficiente para que subsistiera el matrimonio y se mantuviera en parte la unión que debe reinar entre marido y mujer. Que el Tribunal no lo estimó así en el fallo de que se trata, por cuanto exige para decretar la separación de bienes por abandono del marido que este abandono sea **definitivo, reiterado o crónico**, y que haya durado un tiempo más o menos largo; lo que constituye, a juicio del recurrente, una teoría nueva y extraña, porque cuando el legislador se valió de la expresión "abandono absoluto," sólo quiso significar que el marido no cumpla con alguno de sus deberes en "ninguna forma," ya sea directa o indirectamente, pero no que la violación de uno de tales deberes sea reiterada o crónica, porque el legislador en ningún caso quiere mantener un estado de cosas anormal.

En el mismo orden de ideas critica el recurrente este otro aparte de la sentencia del Tribunal:

"En consecuencia, la causal de abandono que se estudia es un concepto complejo que se refiere a varios de los deberes del marido y del padre. Es cierto que se puede fundar sobre el abandono reiterado, frecuente o definitivo de uno solo de tales deberes, pero no lo es menos que el hecho escueto y solo de no suministrar alimentos o suministrarlos en cantidad exigua, no es el único o suficiente de tál. Este es un concepto simplista y unilateral, que no es conforme con el orgánico y complejo que rige la vida conyugal fundada sobre el afecto, la tolerancia, las consideraciones y el apoyo moral y pecuniario, recíproco o bilateral entre los cónyuges."

Considera el recurrente que este concepto es contradictorio, porque después de decir el Tribunal que la violación de uno solo de los deberes del marido como esposo o como padre, da lugar a la separación de bienes, establece que el hecho de no suministrar aquél alimentos a su esposa e hijos, o de hacerlo en cantidad exigua, no es el único motivo suficiente de tal causal, porque si ese deber, quizá el principal del marido, no se cumple, es imposible que se diga que no implica abandono.

En cuanto al primer concepto del Tribunal, se observa: allí analiza el Tribunal como causales de separación, tanto el abandono absoluto por parte del marido de los deberes de esposo y de padre, como el trato cruel, los maltratamientos de obra o de palabra, o ultrajes. Respecto del abandono absoluto de que trata el numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, interpretó el Tribunal que abandono absoluto quiere decir **definitivo**, o por lo menos reiterado en los hechos y crónico respecto del tiempo. Para que esta interpretación fuera errónea, sería preciso que el término definitivo se opusiera al de crónico, lo cual no ocurre, porque crónico, conforme a su etimología, es lo que ha durado bastante tiempo. Ahora, ese abandono

puede no ser definitivo o completo en sí mismo respecto de uno solo de los deberes del marido, como el de suministrar alimentos a su esposa e hijos, pero en cantidad exigua, caso en el cual no podría, de acuerdo con la tesis del recurrente, asentarse como obligación ineludible para el Juez la de decretar la separación, porque bien podría suceder que ello se debiera a dificultades fortuitas del marido, fáciles de sobrevenir en la vida del matrimonio y también de desaparecer o atenuarse con algún esfuerzo de parte de aquél. De ahí que el Tribunal diga que el hecho debe ser en este caso siquiera reiterado y de alguna duración, o crónico para que pueda asimilarse a absoluto, que exige la ley. De modo que el carácter de abandono reiterado en los hechos y crónico en el tiempo, no lo exige el Tribunal sino para cuando aquél no es definitivo o completo aun respecto de uno solo de los deberes del marido como esposo o padre, y por consiguiente el concepto del Tribunal en esa parte no es tampoco erróneo y opuesto al numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922.

En orden al segundo concepto del Tribunal que el recurrente encuentra contradictorio, se observa que la contradicción no existe, pues lo que dice el Tribunal al empezar su razonamiento en esa parte del fallo es que el abandono del marido en el cumplmiento de sus deberes puede presentarse u ocurrir respecto de varios de ellos, pero no que exija para decretar la separación la prueba del abandono respecto de varios de esos deberes. Prueba de esto es el razonamiento que a continuación hace el mismo Tribunal, de que la separación puede fundarse sobre el abandono, no absoluto, pero reiterado de uno solo de esos deberes. Y lo exige reiterado, porque no siendo absoluto desde un principio, es preciso que con la repetición o continuación de estas faltas haya prueba de que el marido persiste en tal abandono.

No está, pues, probado el cargo que se acaba de considerar.

Tercer cargo. Violación del numeral 5º del artículo 154 del Código Civil, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, por mala interpretación, en cuanto dice el recurrente que el Tribunal exige, para que haya lugar a la separación de bienes por trato cruel, maltratamientos de obra y de palabra, ultrajes del marido para con su esposa, que estos hechos sean frecuentes, reiterados o crónicos.

En desarrollo de este motivo, dice el recurrente que si bien la ley exige que el trato cruel, los maltratamientos de obra o de palabra, deben ser tales que con ellos peligre la vida de los cónyuges o haga imposible la paz y el sosiego domésticos, esa exigencia no va hasta el punto de que tales actos sean reiterados, frecuentes y menos crónicos, pues que si se considera el trato cruel como causal de separación, basta observar que para personas de cierta educación y susceptibilidad un solo hecho de maltratamiento de obra puede turbar para siempre la paz doméstica, aunque pueda no turbarla para individuos de baja posición social. Que otro tanto ocurre con las injurias de palabra, en que una sola palabra ofensiva del marido a su esposa, como llamarla "mala mujer," culparla de infidelidad o increparle otros hechos semejantes, son suficientes, no sólo para que quede turbado el sosiego doméstico desde la primera vez que se hagan tales inculpaciones, sino para ejecutar hechos posteriores que sean de lamentables consecuencias.

Se observa:

Es verdad que el legislador no exige respecto de esta causal de separación que sean repetidos los maltratamientos de obra o de palabra, y así lo ha declarado esta Superioridad, como se ve en el fallo de diez y siete de febrero del año próximo pasado, cuando dijo:

"Aparte de que el contexto de los preceptos pertinentes no da base para entenderlos en el sentido que el Tribunal lo hace, circunstancias de índole distinta, relativas a la posición social de los cónyuges, a su educación, a su moralidad, al concepto delicado y escrupuloso que tengan del cumplimiento de los deberes de esposos o de padres, deben dejar al Juez en libertad de apreciación para pesar en cada caso la gravedad tanto de los cargos que encierra el empleo de palabras descomedidas o impropias del uno de los cónyuges para con el otro, como los ultrajes y maltratamientos de obra. Vale decir que habrá casos en que una sola palabra sea suficiente para que se hagan imposibles en lo sucesivo la paz y el sosiego domésticos, del propio modo que un golpe único de uno de los cónyuges puede poner en peligro la vida del otro."

No lo entendió así el Tribunal cuando en este caso dijo en el aparte que señala el recurrente que los maltratamientos de obra sólo pueden ser causales de separación cuando hagan imposible la paz y el sosiego domésticos, lo que da a entender que se exige en alguna forma la repetición de esos hechos, sin que la ley lo exija, con lo cual el Tribunal interpretó erróneamente el numeral 5º del artículo 154 del Código Civil, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922. Pero si bien esta interpretación del Tribunal no se acomoda estrictamente a la ley, no es suficiente para casar el fallo, porque él se sostiene por otro motivo que es el de no aparecer plenamente probado el hecho, aun considerándolo como único para la separación en este caso, como se verá adelante, y que fue la conclusión a que llegó el Tribunal.

4º cargo. Violación de los artículos 542 y 543 del Código Judicial, y 1757 del Código Civil, que establecen a quién corresponde el cargo de la prueba.

A este respecto dice el recurrente:

"Siguiendo el estudio de la causal 4ª del artículo 154 en que se apoya la demanda y que tiene por fundamentos de hecho todos los enumerados desde el 2º hasta el 6º, correspondientes a los deberes establecidos por los artículos 179, 176, 257 y concordantes del Código Civil, encontramos:

Al estudiar esta causal, dijo el Juez de primera instancia:

"Pero aun suponiendo que esta tacha debiera de aceptarse, así como la que se hace a una de las declarantes de que su declaración es de oídas, hay que tener en cuenta que no es a la demandante a quien correspondía probar esta causal, sino que habiendo ésta sostenido que su marido **no cumplía** con sus deberes de esposo y de padre, era éste quien estaba obligado a demostrar su afirmación de que ha cumplido siempre con aquellos deberes."

Que al revisar este pasaje de la sentencia—continúa el recurrente—el Tribunal dijo:

"No acepta el Tribunal la tesis de que la causal de abandono debía probarla el demandado por ser hecho ne-

gativo para la demandante. Nó. El abandono no es un hecho sino un concepto que tiene el carácter de absoluto en los términos de la ley, y precisamente se funda en **hechos positivos** que el marido ejecute y de los cuales se puede deducir el concepto de abandono."

Anota el recurrente que si, como ha demostrado, el incumplimiento de uno solo de los deberes del marido para con su esposa e hijos es suficiente para decretar la separación de bienes, aunque la demandante no hubiera demostrado con hechos positivos el abandono del demandado en sus deberes de esposo y de padre—hechos que el recurrente afirma demostró—la sentencia del Tribunal sería violatoria de las disposiciones que se acaban de citar, porque la primera de ellas dice:

"El demandante es el que debe dar la prueba sobre el hecho o cosa que negare el demandado, el cual habrá de ser absuelto no probando aquél la negación. Del mismo modo el demandado debe probar los hechos en que funda sus excepciones"; y que la segunda disposición se expresa así:

"Es, pues, regla general que el que afirma una cosa es el que tiene el deber de probarla y no el que la niega, a no ser que la negativa contenga una afirmación. Así es que si uno niega la inhabilidad (sic) de un testigo, por ejemplo, tiene que probar su negativa porque contiene la afirmativa del hecho que causa la inhabilidad del testigo."

Sostiene el recurrente que la primera de estas disposiciones establece que la carga de la prueba, en lo que se refiere a los hechos de la demanda, corresponde al demandante, pero que la segunda la modifica porque consagra el principio de que la prueba está sobre el que afirma el hecho y no el que lo niega. Que este principio universalmente aceptado se funda en la dificultad de hecho en que se encuentra una parte de probar las negaciones de carácter indefinido; que en el caso de separación de bienes por el absoluto abandono del marido en sus deberes de esposo y de padre, hay una serie de hechos, todos de negación indefinida cuya prueba se hace imposible en la práctica, como las de suministrar el marido a su mujer lo necesario, según sus facultades, para la congrua subsistencia; proveer a la crianza, educación y establecimiento de sus hijos legítimos, suministrar lo necesario para esos gastos, y otros, que si no se establecen por la confesión del marido se harían de prueba imposible, por lo cual basta que la mujer los niegue para que el marido tenga que probarlos. Que la prueba de esto es que cuando el marido no suministra alimentos a su esposa, basta que se presente la demanda para que el Juez los decrete sin más prueba.

Se considera:

El concepto del Tribunal a que el recurrente alude en primer término versa sobre el abandono del marido. Respecto de esta causal de separación, el concepto del sentenciador de que es al demandante a quien corresponde dar la prueba, no es erróneo, porque el abandono es consecuencia de hechos **positivos**, como dice el Tribunal, por ejemplo, de la ausencia prolongada e indefinida del marido. Por consiguiente se está precisamente en el caso de la excepción prevista en la segunda parte del artículo 543 del Código Judicial, que el recurrente estima violado, en que la negativa envuelve una afirmación y en que por lo mismo es de cargo del demandante la prueba. De modo que por ese aspecto no violó el Tribunal las disposiciones últimamente citadas.

Respecto de la obligación del marido de suministrar a su esposa e hijos lo necesario, según sus facultades, de que habla el artículo 176 del Código Judicial, la negativa por parte de la mujer demandante sería de carácter indefinido y echaría el cargo de la prueba al marido, si esa obligación fuera únicamente a cargo de éste en todo caso. Pero como según la misma disposición, la obligación es recíproca, cuando el marido carece de bienes, siempre la mujer demandante debe probar el hecho de que el marido tiene bienes para demandar la separación por no cumplir él con aquella obligación. Ahora, la demandante no ha comprobado que el demandado tenga bienes: luego no se trata de negación de carácter indefinido y por tanto no ha habido violación de las disposiciones de los artículos 542 y 543 del Código Judicial y 1757 del Código Civil.

5º cargo. Violación de los artículos 595, 596, 597, 603, 607 y 609 del Código Judicial; 66, 1757 y 1768 del Código Civil, por errores de hecho y de derecho al apreciar la declaración de Silvia Puerto.

Esta declarante en lo pertinente dijo:

"Estuve al servicio de ésta (la demandante) y de su esposo Felipe Forero, en su casa de habitación en Zipaquirá, en los meses de diciembre de 1925, enero, febrero y marzo de 1926, poco más o menos, y durante todo este tiempo permanecí día y noche en la casa de los citados esposos.

"Al punto b). Por la razón anotada en el punto anterior y por el conocimiento íntimo que tuve de los esposos Forero Bernal, me consta que el señor Forero no le daba lo necesario a la señora Bernal para atender a sus gastos personales y subsistencia, como tampoco para los gastos de hogar, todos los cuales se sufragaban con dinero que al efecto le suministraba la madre de la señora Bernal, señora doña Ismenia Sánchez de Bernal, en parte, y en parte con lo que ganaba la señora Tulia Bernal con su trabajo personal, consistente en la manufactura de flores artificiales, sin que su esposo atendiera en ninguna forma a los susodichos gastos. Después de que yo me retiré del servicio de los esposos Forero Bernal continué yendo a su casa con alguna frecuencia y siempre oí a la señora Ana Tulia quejarse por el mal trato de su esposo y por el abandono de sus deberes referentes al sostenimiento de su casa; todo esto lo presencié y oí hasta cuando los citados esposos hubieron de irse a vivir a Chiquinquirá.

"Al punto c). Es cierto, me consta por haberlo presenciado cuando estuve al servicio de los esposos Forero Bernal, que el primero arrojó a la segunda de su casa con maltratos de obra y de palabra, los primeros de los cuales le causaron contusiones en el hombro y un brazo y cuyas palabras ofensivas fueron (indica la declarante esas palabras hirientes que dice pronunció Forero) y otras que no puede precisar. El motivo por el cual arrojó el señor Forero a su esposa fue el de que ésta le hubiera pedido lo necesario para los gastos de la casa. Todo esto lo presencié y oí. También me consta por las mismas razones últimamente apuntadas, que desde antes de que la señora de Forero fuera arrojada de su casa, su esposo no le dirigía la palabra para nada.

"Al punto f). Es verdad y me consta por habérselo oído al mismo señor Forero, quien hablando de su casa se expresaba muy mal, imputándole hechos contra la honorabilidad y reputación y diciendo a todo el mundo que su esposa le era infiel y se la pasaba en "bailes y parrandas con amigos."

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en tres errores de hecho al apreciar esta declaración:

El primero por cuanto el Tribunal al analizarla dice:

"Al testimonio todo se le puede hacer la objeción de haber sido muy corto el tiempo durante el cual la declarante pudo observar los hechos, aun suponiéndolos verídicos, porque es evidente que un lapso de **tres** meses es relativamente corto con el del matrimonio que lleva varios años de ser normal"; siendo así—anota el recurrente—que la declarante afirma que estuvo **cuatro** meses al servicio de los esposos Forero Bernal.

2º Porque el Tribunal dice que el testimonio de dicha declarante en cuanto expresa que Felipe Forero no le daba a su esposa lo necesario para su subsistencia, sino que en parte la señora de Forero atendía a estos gastos con lo que le daba su señora madre, y en parte con lo que aquélla derivaba de determinado trabajo personal, constituye un concepto o declaración sobre inferencia, sin indicar de dónde la deriva, y por eso la rechazó el sentenciador sin tener éste en cuenta—continúa el recurrente—que en esa parte la exposición del testigo no es un concepto sino un hecho apreciable por los sentidos.

3º Que el Tribunal tampoco tuvo en cuenta o pasó por alto la parte de la declaración transcrita, en cuanto Silvia Puerto afirma por haberlo presenciado, que Felipe Forero ultrajó de palabra y de obra a su esposa, lo que constituye el trato cruel y los ultrajes en que se apoyó la demanda.

Que estos tres errores de hecho hicieron que el Tribunal incurriera en varios errores de derecho:

El primero, porque al analizar el Tribunal el testimonio en referencia, si bien reconoce que Silvia Puerto no era sirvienta de la demandante cuando declaró, sí lo era al tiempo de observar los hechos, lo rechazó porque dice que la ley supone por esto un motivo de dependencia entre el patrón y su sirviente, aunque deje de serlo después. Concepto éste que falsea—anota el recurrente—el concepto del artículo 599 del Código Judicial y lo viola, porque esta disposición sólo rechaza el testimonio del sirviente cuando declara estando al servicio del patrón y no después. Porque suponiendo inadmisible aquel testimonio por este aspecto, sí es admisible por ser la declarante sirvienta de ambos cónyuges y haber sido presentada por la parte contraria de aquella en cuyo favor supone la ley que tiene interés en declarar, conforme al artículo 603 del Código Judicial, que por lo mismo ha sido violado. Porque la ley no exige que el testigo haya observado los hechos determinado tiempo, y al decir lo contrario el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 595, 596 y 597 del Código Judicial y los violó.

Los otros dos errores de derecho los deduce el recurrente de los hechos consistentes en haber hallado el Tribunal que la exposición de Silvia Puerto sobre el abandono de los deberes de esposo por parte del demandado para con la demandante, es un concepto y no exposición sobre hechos, y también en no haber apreciado dicha exposición en cuanto al trato cruel y ultrajes de que ella da fe. Por tales errores considera el recurrente que la sentencia es violatoria de los artículos 606, 607 y 609 del Código Judicial; 66, 1757 y 1768 del Código Civil.

Se considera:

Errores de hecho. Hay desacuerdo en el número de meses que anota el Tribunal y el que asegura la declarante estuvo en casa de la demandante presenciando los hechos relativos al abandono por parte de Felipe Forero en cumplir sus deberes de esposo; también pudiera reconocerse que en cuanto a esta causal de separación, el testimonio de la Puerto expresa no sólo un concepto, como lo dice el Tribunal, sino que relata hechos al alcance de los sentidos, y es cierto también que el sentenciador no expresó nada acerca del hecho declarado por la Puerto de haber presenciado los ultrajes de palabra y de obra irrogados por Felipe Forero a su esposa. Pero tales errores no son suficientes para casar la sentencia, porque la conclusión a que llega el fallo, después de analizar las demás pruebas del proceso, es que los hechos no están probados plenamente, ni para justificar el abandono, ni los malos tratamientos de parte del demandado Forero para con su esposa, y esta conclusión es exacta en sentir de la Corte, como se verá al considerar las demás declaraciones aducidas por el actor en el juicio.

En cuanto a los errores de derecho, se observa:

El Tribunal no ha dicho que rechaza el testimonio de Silvia Puerto por ser sirvienta de Ana Tulia Bernal cuando la primera declaró, sino que por haber tenido antes ese carácter, el juzgador debe ser más exigente al apreciar tal testimonio, porque la ley supone cierta dependencia entre el sirviente y el patrón, lo cual no es un error con el cual el Tribunal hubiera violado en este caso el artículo 599 del Código Judicial. Tampoco violó el sentenciador el artículo 603 del mismo Código porque el demandado no adujo en su favor la declaración de Silvia Puerto, y por consiguiente no se está en el caso de dicha disposición.

Dice el recurrente que el Tribunal violó los artículos 595, 596 y 597 del Código Judicial, porque estas disposiciones no exigen que el testigo haya presenciado los hechos por determinado tiempo, como sí lo exige el Tribunal. A esto se observa que el sentenciador no hace la afirmación que le atribuye el recurrente, sino que el testigo debe haber observado los hechos durante un tiempo suficiente para que se dé cuenta de ellos y para que el juzgador pueda apreciar acertadamente si se ha acreditado suficientemente la causal de separación por abandono en los deberes del marido, porque la ley, como se ha visto, exige por lo menos actos repetidos. El concepto del Tribunal es erróneo respecto de la causal de separación por trato cruel y ultrajes de parte de uno de los cónyuges para con el otro; pero aunque se admita en ese punto la declaración de la Puerto, esa sola declaración no hace plena prueba, ni puede considerarse aisladamente.

Sostiene el recurrente que el Tribunal, por causa de los errores de hecho en que incurrió, violó también los artículos 606, 607 y 609 del Código Judicial, y 66, 1757 y 1768 del Código Civil, en cuanto el sentenciador desconoce que la declaración de Silvia Puerto constituye una gran presunción sobre el abandono de parte de Felipe Forero en el cumplimiento de sus deberes de esposo y de padre y sobre el hecho de haber éste inferido ultrajes a su esposa.

A esto se responde que el Tribunal no ha dicho que la declaración en referencia no constituya una gran presunción, ni que dos testigos no hagan plena prueba, sino que aun admitiendo dicho testimonio, las dos causales anteriores no aparecen plenamente acreditadas con las demás pruebas del proceso.

6º cargo. Violación de los artículos 606, 607 y 609 del Código Judicial y 1757 y 1768 del Código Civil, por error de hecho y de derecho en la apreciación de la declaración de María Luisa Rodríguez.

El recurrente desarrolla este cargo diciendo que el Tribunal erró de hecho al afirmar que no se podía tener en cuenta la declaración de este testigo por referirse a hechos ocurridos con posterioridad a la demanda, no obstante—afirma aquél—que en parte de su declaración y al ser contrainterrogada dijo:

"Estuve al servicio de ésta (la demandante) y de su esposo Felipe Forero en su casa de habitación en Zipaquirá y en Chiquinquirá, por espacio de unos siete meses."

Y al absolver el contrainterrogatorio, agregó:

"Yo sólo conocí a la familia del señor Felipe Forero en el año de 1926."

Y que después la misma declarante expuso:

"Me consta por haberlo presenciado, que el señor Felipe Forero, a fines del año pasado (se refiere al año de 1926), redujo a dinero todos los bienes que adquirió con lo que don Abdón Bernal Pérez dejó a su hija la señora Ana Tulia Bernal y resolvió viaje al Exterior dejando a su esposa y a su hija Ana Mercedes en absoluto abandono, sin recursos y sin manera de que ella pudiera atender a su subsistencia."

Para comprobar el recurrente que en esta parte el testigo se refiere a hechos ocurridos antes de la demanda de que se trata, cita parte del alegato suscrito en primera instancia por el demandado y en que expuso:

"Se dice que dejé en abandono absoluto y en estado absoluto de pobreza a mi mujer y a mi hija en el mes de septiembre cuando me fui con Hernando para la Costa Atlántica."

Por último invoca el recurrente esta otra parte de la declaración de María Luisa Rodríguez:

"Durante los días que estuve al servicio de la señora de Forero presencié por varias veces que el señor Forero le negaba a su esposa para los gastos personales y de los de la casa."

"Los pasajes anteriores demuestran—continúa el recurrente—que la declaración de la Rodríguez en lo que se refiere a los hechos que constituyen el abandono del demandado, son anteriores a la demanda y no posteriores," y por eso hubo error de hecho en el Tribunal al apreciar esta prueba.

Se considera:

No es evidente el error que se atribuye al Tribunal en cuanto dijo que María Luisa Rodríguez declaró sobre hechos posteriores a la demanda y referentes al cargo por abandono. Esta declarante dice que fue a fines del año de 1926 cuando diz que Felipe Forero redujo a dinero los bienes de su esposa para abandonarla e irse al Exterior, y la demanda fue propuesta en septiembre del mismo año. El pasaje del alegato del demandado no contiene una afirmación categórica de que éste se hubiera ausentado en septiembre del mismo año, y aunque así fuera, quedaría por saber si fue antes o después de promovida la demanda. Por otra parte, la afirmación del testigo de que el mismo demandado Forero vendió todos los bienes de su esposa recibidos por herencia de su padre para abandonarla y dejarla sin recursos, resulta en contradicción con el hecho comprobado de que dicha señora no recibió por ese título otros bienes que parte de un crédito y una casa en Zipaquirá, que no consta que Forero la hubiera vendido. De manera que resulta sin fundamento el concepto de la declarante sobre el abandono de que da fe, y en firme el del Tribunal al apreciar todas las pruebas y declarar que son deficientes para establecer ese cargo.

Ahora, en cuanto al hecho de los ultrajes de obra y de palabra que la misma declarante afirma haber presenciado, el mismo recurrente conviene con que son posteriores a la demanda. Por consiguiente, aun teniendo en cuenta sobre esta última causal de separación lo que declara Silvia Puerto, el cargo no aparece plenamente comprobado, que fue la conclusión a que llegó el Tribunal en su fallo.

7º cargo. Violación de las mismas disposiciones anteriores, porque el Tribunal incurrió en error de derecho al no haber dado a la declaración de la Rodríguez el valor de presunción legal que establecen algunas de las disposiciones citadas en el cargo anterior. Se observa que tampoco es fundado este cargo porque para ello sería preciso que la declaración en sí misma reuniera los demás requisitos exigidos por la ley, y ya se vio que no los reúne.

Considera el recurrente que el Tribunal incurrió también en error de derecho y violó por ello las mismas disposiciones antes citadas y los artículos 536 y 544 del Código Judicial, al decir que tanto la declaración de María Luisa Rodríguez como las de Francisca Benítez, Antonio Castellanos, Emilio Rojas, Sara e Inés Buitrago, se refieren a hechos ocurridos con posterioridad a la demanda, porque estas disposiciones sólo exigen que el testigo se ciña al asunto de que se trata, pero no que deben referirse a hechos anteriores a la demanda.

Erróneo es este concepto del recurrente, porque si bien la exigencia anotada no resulta de tales disposiciones, ella descansa en otro principio fundamental, cual es el de que el derecho debe emanar de hechos cumplidos para que el Juez pueda declararlo o reconocerlo. Si el hecho no se ha cumplido antes de la demanda, mal puede declarar el Juez que el demandante lo tenía.

8º cargo. Violación de los artículos 1757 del Código Civil; 555, 556, 558 y 559 del Código Judicial y 72 de la Ley 105 de 1890, por error de hecho y de derecho.

Consiste este cargo en que el Tribunal no aceptó como confesión del demandado lo que su apoderado declaró en una parte del alegato de primera instancia en orden a las causales de separación por abandono del marido en el cumplimiento de sus deberes, confesión que en sentir del recurrente acredita plenamente tales causales, al tenor de las disposiciones antes citadas. Ese aparte dice:

"Además hago constar que si el señor Forero abandonó a su mujer, o la arrojó de su lado, así lo hizo por tener derecho a ello."

Alega el recurrente que el Tribunal no admitió como confesión del demandado la declaración anterior de su apoderado contra el parecer del señor Juez de primera instancia, porque dice que en la forma en que aparece tal declaración, no es una aceptación categórica de los

hechos sino un supuesto o hipótesis; pero que mal puede haber allí una simple hipótesis sino una confesión categórica de los hechos.

Se considera:

No halla la Corte que el Tribunal hubiera interpretado erróneamente la anterior declaración del apoderado del demandado, porque en realidad no contiene una aceptación categórica de los hechos, sino una declaración en forma condicional. Limitarse el recurrente a decir que no hay allí una hipótesis, no es dar la prueba del error evidente en que incurriera el Tribunal al hacer tal apreciación, como estaba obligado a hacerlo para que el cargo prosperara.

Para complementar el cargo anterior, el recurrente cita esta otra parte del alegato del apoderado del demandado en la primera instancia:

"Pero es que el señor abogado de la contraparte seguramente no sabe, o tal vez finge no saber, que todos esos hijos, que son ya todos mayores de edad, guardan un terrible secreto en el fondo de sus almas honradas y de juveniles y nobles corazones, secreto que los hace sufrir terriblemente y que tendrán que sufrir callados todas sus consecuencias; tendrán que resignarse a su sino adverso y doblegarse ante la fatalidad y ante la irreparable desgracia que los rodea. Es, señor Juez y apoderado, que esos hijos están convencidos, porque tienen pruebas convincentes para sí mismos, de que su madre no le ha guardado ni le guarda fidelidad a su padre. Es, señor Juez, señor apoderado, que le consideran que no es digna de ellos porque ha cometido el mayor de los pecados, el más grande de los delitos que una mujer casada puede consumar: el de **adulterio**."

Dice el recurrente que el Tribunal pasó por alto esta declaración del apoderado del demandado que constituye un ultraje de los mayores irrogados por el demandado Forero a su esposa y suficiente para casar la sentencia, porque con esa omisión se violaron francamente los artículos 555, 556, 558, 559 del Código Judicial; 1757 del Código Civil, y 72 de la Ley 105 de 1890, por error de hecho, al no tener en cuenta esa manifestación del apoderado del demandado, y de derecho por haberle desconocido a la misma el valor de plena prueba que le dan las disposiciones antes citadas.

Se considera:

No tuvo en cuenta el Tribunal la manifestación anterior del apoderado, pero esa omisión no implica que el sentenciador incurriera en error de derecho, sencillamente porque tal manifestación del apoderado constituye un cargo que no puede estimarse como hecho por el poderdante mismo, porque en materia tan delicada como es la disolución de un hogar, sólo pueden tenerse en cuenta cargos u ofensas que provengan de la parte misma, personalísimos de ésta, y no de su apoderado. Es fácil ver cuán funesta sería la tesis contraria. Además, siendo tal manifestación del apoderado un cargo, debía venir bajo juramento como de un testigo, y así no aparece. Tampoco puede tenerse tal manifestación como confesión, de acuerdo con las disposiciones que el recurrente estima violadas.

No apareciendo, como no aparece, comprobado este cargo contra la sentencia que se revisa, no es el caso de casarla.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a casar y no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha veintitrés de abril de mil novecientos veintinueve, en el juicio sobre separación de bienes promovido por Ana Tulia Bernal de Forero contra su esposo Felipe Forero. Las costas del recurso son de cargo de la parte que lo propuso.

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

JUAN N. MENDEZ — **Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

El apoderado judicial de los señores Fernando Alfaro y Antonio Obando P. demandó a los señores Aurelio Martín Melendro, sucesión de Nicolás Perdomo, representada por sus herederos Ricardo, María Luisa, Julia Balbina, Dolores e Isabel Perdomo; Celso Cruz, Guillermo Villa, Dionisio Daniel, Jerónimo Cardoso, Alfonso Orejuela u Orjuela, Francisco Villalba, Salomón Arias, Justo Daniel, Nieto Hermanos, Antenor Perdomo, Juan José Carvajal, Angel María Avila, Francisco Ortiz, Balbina Avila, Paula Páez, Feliciana Carvajal, Nepomucena Calvo, Lina Calvo, Julia Montoya, Dolores Suárez de Avila, Jesús Castro, Julia Suárez de Montoya, Francisca Carvajal de Borrero, Vicenta Montoya y Pureza Avila de Castro, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que el terreno que por nombre, situación y linderos dejo determinado, es propio de la herencia, aún **proindiviso**, de Justo Daniel.

"2ª Que el mencionado juicio divisorio de tal inmueble, iniciado por demanda que el señor Juez del Circuito de Tocaima admitió el día seis de marzo del año de mil ochocientos sesenta y siete, y terminado por la supuesta sentencia definitiva que en veintitrés de julio de mil novecientos trece pronunció un solo Magistrado del Tribunal de Cundinamarca, es nulo y de ningún valor ni efecto.

"3ª Que independientemente de tal vicio, general a todo el procedimiento, la partición verificada por el señor Contador Aurelio Vargas S. el día catorce de diciembre de mil novecientos tres, partición que fue registrada en el libro de causas mortuorias que se lleva en la oficina del Circuito de Girardot, el día veintinueve de enero de mil novecientos catorce, que es la misma que fue aprobada por sentencia de veintitrés de julio de mil novecientos trece, es nula y de ningún valor ni efecto.

"4ª Que igualmente, y con independencia de lo pedido en los tres puntos anteriores, las sentencias, autos, o como quieran llamarse, dictados por el Juez 1º del Circuito de Girardot el día veinticuatro de agosto de mil novecientos diez, y por el Tribunal Superior de Cundinamarca, suscrita por un solo Magistrado, el veintitrés de julio de mil novecientos trece, son nulas y de ningún valor ni efecto.

"5ª Que cada uno de los demandados ha de restituir a la herencia, **aún proindiviso**, de Justo Daniel, la parte que esté ocupando en el susodicho terreno de **Guavinal, Yesal, Barzalosa** y **Zanjahonda**, más los frutos que durante el tiempo de la ocupación, los causahabientes del difunto hayan podido o pudieren percibir ocupando el inmueble y usufructuándolo con mediana inteligencia, actividad y economía.

"6ª Que cada uno de los demandados debe a la herencia de Justo Daniel la indemnización de los perjuicios que, deteriorando el terreno, le haya causado por culpa o hecho suyo.

"7ª Que en subsidio de las acciones 2ª, 3ª, 4ª y 5ª, pido que la partición objeto de la acción 3ª, se ordene rehacer, adjudicándose a mis poderdantes, exclusivamente, lo siguiente:

"A) La parte de terreno con que debió pagarse a Dionisio Daniel, o a sus sucesores, la cuarenta y cincoava parte que les corresponde en la herencia de Justo Daniel, por transmisión de Alejandro Daniel y José Eduardo Daniel.

"B) La parte de terreno con que debió pagarse a los sucesores de Román Daniel la novena parte que les corresponde en la herencia de Justo Daniel, sustracción hecha de lo reconocido a Timoteo Moscoso, sucesor de María Silvestre Daniel.

"G) La parte de terreno con que debió pagarse a los sucesores de Gabriela Daniel la novena parte que les corresponde en la herencia de Justo Daniel.

"E) La parte de terreno con que debió pagarse a los sucesores de Santos Daniel la novena parte que les corresponde en la herencia de Justo Daniel.

"G) La parte de tereno con que debió pagarse a los sucesores de Evarista Daniel la novena parte que les corresponde en la herencia de Justo Daniel.

"H) La parte de terreno con que debió pagarse a los sucesores de Domitila Prada la novena parte que les corresponde en la herencia de Justo Daniel; y

"8ª Que cada uno de los demandados es responsable de las costas a que diere lugar por el hecho de contradecir esta acción."

El Juez absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, y el Tribunal de Bogotá reformó el fallo así:

"Por todo lo dicho, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, reforma la sentencia dictada por el señor Juez 1º del Circuito de Girardot, en el juicio ordinario seguido por Fernando Alfaro y Antonio Obando contra Aurelio M. Melendro y otros, que tiene fecha veintidós de agosto de mil novecientos veintiuno, en el sentido de declarar que no es el caso de considerar la excepción de prescripción, propuesta por algunos de los demandados al contestar la demanda, y la confirma en todo lo demás.

"No se hace condenación en costas."

Se interpuso casación contra esta decisión, recurso que se admite y estudia.

Segunda causal.

Para desechar la segunda causal, basta transcribir los fundamentos de ella para demostrar que ellos son fundamentos de la primera causal, no de la segunda, y recordar que la sentencia fue totalmente absolutoria.

"a) Se ejerció una acción petitoria de dominio, y las partes estuvieron de acuerdo en que el terreno materia de la litis procedía de Justo Daniel, a favor de cuya sucesión se pedía tal declaración, pero el Tribunal, en lugar de estudiar esta cuestión, dijo que los actores carecían de personería sustantiva para demandar.

"b) Se designó a los demandantes como poseedores de la cosa demandada, con carácter distinto del de herederos de Justo Daniel, y el Tribunal dijo:

'En el caso que se estudia la acción es dirigida por un cesionario que representa a la herencia, en contra de los cesionarios representantes también de la herencia.'

" Y dijo esto a pesar de que los demandados declararon expresamente que ningún vínculo jurídico tenían con la sucesión de Justo Daniel.

"c) Se demandó la nulidad de un juicio divisorio, por las causales que generan nulidad sustantiva y absoluta, y el Tribunal estudió el problema por el aspecto puramente procedimental.

"Se demandó la nulidad absoluta de una partición, y el Tribunal estudió nulidad relativa únicamente."

Primera causal.

Se acusa el fallo por evidente error de hecho, en que incurrió el sentenciador al considerar, para negar la acción petitoria de dominio, que los demandados poseían el terreno en su carácter de coherederos, puesto que la acción es dirigida por un cesionario que representa la herencia en contra de otros cesionarios que representan también a la herencia.

El cargo es fundado; pues está demostrado en los autos que los demandados poseen cada uno un lote determinado de terreno en su calidad de dueños, título emanado de la partición de la comunidad que existía en los terrenos de **Guavinal, Yesal, Barzalosa** y **Zanjahonda**, y no como coherederos o causahabientes de los herederos de Justo Daniel; pero a pesar de este error no se podrá casar la sentencia, porque como la acción petitoria de dominio está enlazada con la reivindicatoria, acciones que el Tribunal estudió conjuntamente, y como la acción reivindicatoria no prospera, igual suerte correrá la petitoria de dominio, como pasa a demostrarse.

La base del sentenciador, para negar la acción reivindicatoria, fue ésta:

"1ª Porque la acción reivindicatoria es consecuencia directa de la acción petitoria iniciada en este mismo juicio; luego si el actor carece de ésta, carece también de aquélla para la sucesión en cuyo nombre habla; y

"2ª Porque, caso de que al actor le compitiera la acción reivindicatoria, en la forma en que la ha establecido en esta demanda, es improcedente, desde que en el mismo libelo demanda a varias personas que poseen por separado distintos globos de terreno. Por eso la Corte Suprema, en sentencia de veintidós de septiembre de mil novecientos veintidós, dijo lo siguiente:

'Cuando un globo de tierra es poseído por varios individuos, que poseen cada uno por separado determinadas porciones de terreno, es irregular proseguir por una misma cuerda, y como acción única de reivindicación, demandas que han debido seguirse por separado contra cada uno de los demandados.'

"De todo lo anterior se deduce que son infundadas las acciones petitoria y reivindicatoria de que tratan los puntos primero y quinto de la demanda."

Este concepto se ataca por cuanto los demandados, en primer lugar, no forman sino una sola parte, puesto

que sostienen una misma pretensión, y en segundo lugar, porque ellos poseen el terreno como comuneros; pues aunque se dividió ese terreno y se aprobó la partición, ella no se registró en el libro número 1º, y, por tanto, los demandados, individualmente, no han adquirido posesión legal.

Se responde:

El hecho de que el Código Judicial llame **parte** al grupo de individuos que sostienen una misma pretensión, no implica que los individuos que figuran como demandados posean en común la cosa reivindicada; cada uno de ellos puede poseer porciones determinadas de la cosa demandada y a diversos títulos, y hay que demandar a cada uno para que responda por lo que posee a ese título.

Además, en el caso presente, los demandados no son comuneros, puesto que la partición de esos bienes fue aprobada, y si ella no fue registrada en el libro en que debía serlo, eso no es óbice para que los actuales demandados se consideren dueños exclusivos de la porción que poseen; pero aun suponiendo que los demandados no tuvieren título ninguno de propiedad, basta que ellos se consideren meros tenedores de una porción de terreno, para que contra ellos se dirija la acción reivindicatoria. En el presente caso los demandados no se consideran comuneros, sino dueños de lo que cada uno ocupa, y siendo esto así, cada uno de ellos no puede responder sino de lo que posee y no de lo que poseen los otros, y como el demandante no especificó los lotes que cada uno posee, no se puede ordenar la restitución por acción reivindicatoria, ya que la cosa que cada uno posee no está individualizada. Esta es jurisprudencia constante de la Corte.

No se arguya que como la partición no fue registrada debidamente, los demandados no son dueños de las porciones que les adjudicaron, porque no se pidió en la demanda la declaración de que la partición estaba mal registrada, cuestión ésta no debatida en las instancias; pero suponiendo que ella no estuviera registrada en el libro correspondiente, es lo cierto que ellos no fueron demandados como comuneros sino como dueños de parcelas determinadas, como puede verse por este hecho de la demanda:

"XXXVII. En virtud de la nula partición y de los autos que la aprobaron, los demandados han estado ocupando las porciones de terreno que les adjudicaron en la partición del señor Vargas, y se han negado a restituírlas a la herencia de Justo Daniel."

Pero aún hay más: los demandados serían, en el supuesto de que estuviera mal registrada la partición, poseedores materiales de globos determinados, y en ese caso tampoco serían comuneros sino poseedores individuales del terreno.

Ahora: el mismo demandante considera que los demandados no son comuneros, y por eso solicita la nulidad de la partición, y es lógico deducir que si se demanda esa nulidad, es porque se considera que la partición puso fin a la comunidad.

No estando individualizada la porción que cada uno de los demandados posee, la demanda de reivindicación no puede prosperar.

La segunda petición de la demanda tiene por objeto que se decrete que el juicio divisorio de esos terrenos es nulo.

La sentencia resolvió así esa petición:

"De los mismos hechos aducidos como fundamento de esta acción que se estudia, se deduce claramente que el juicio divisorio a que hace referencia la segunda petición de la demanda, fue sometido a un incidente de nulidad dentro de aquella misma causa, que a tal incidente se le dio la tramitación legal, y fue resuelto definitivamente. Esto quiere decir que se carece en absoluto de acción para solicitar nuevamente la nulidad, bien sea que ésta se haya resuelto negativa o afirmativamente, pues tal derecho tan sólo existe para las partes en el mismo juicio en donde hayan tenido lugar los hechos reputables como causales de nulidad, de acuerdo con la ley. Y los únicos casos en que puede alegarse la causa de nulidad en juicio distinto, los contempla el artículo 137 de la Ley 105 de 1890:

'La causa de nulidad, consistente en no haberse notificado la demanda al demandado, salvo las excepciones establecidas en el artículo 126 de esta Ley, puede alegarse en el mismo juicio, o como acción en uno distinto, o como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia. Las causas de nulidad establecidas en el artículo 127 de esta misma Ley, pueden alegarse: la primera, en el juicio mismo, o en uno distinto; y la segunda, de esta última manera únicamente.'

"De todo lo cual se concluye que el actor no tiene derecho para solicitar en este juicio especial la nulidad demandada, tanto más si se tiene en cuenta que él no formó parte de aquel juicio.

"Pero supongamos que la parte actora sí tuviera derecho para pedir la nulidad del juicio en la forma en que lo ha solicitado, y entonces sería el caso de proceder a examinar las causales alegadas.

"Estas causales se reducen a las siguientes:

"En el año de mil ochocientos sesenta y siete se pidió la división de la comunidad tántas veces mencionada, sin que se presentara prueba de ninguna clase con la demanda; la demanda no fue firmada por ninguno de los herederos legítimos de Justo Daniel; la sentencia del Tribunal Superior, dictada en mil ochocientos sesenta y nueve, en la que se anuló todo lo actuado en el juicio divisorio de **Guavinal, Yesal, Barzalosa** y **Zanjahonda,** excepción hecha de la demanda de partición, está por notificarse; no podía dividirse la comunidad sin haberse liquidado la sucesión de Justo Daniel; no se fijó uno de los edictos a que se refiere la Ley 30 de 1888; la junta de árbitros no acabó de cumplir su cometido; de manera extemporánea el Juez del Circuito pide a la junta de árbitros el expediente, avoca su conocimiento y corre traslado de la partición verificada; el veinticuatro de agosto de mil novecientos diez, se reformó la partición para el efecto de que se señalara hijuela de adjudicación a Manuel Felipe Perera, y luégo el mismo Juez que tal hizo, revocó su providencia, mejor dicho, su sentencia, cosa que no podía hacer; el Tribunal dictó sentencia confirmando la del inferior, aprobatoria de la partición, y revocó la providencia de veinticuatro de agosto de mil novecientos diez; esa sentencia del Tribunal fue firmada por un solo Magistrado, lo que es ilegal.

"Dice el artículo 759 del Código Judicial del Estado Soberano de Cundinamarca:

'Son causas de nulidad comunes a todos los juicios:

'1º La falta o incompetencia de jurisdicción;

'2º La ilegitimidad de la personería de cualesquiera de las partes;

'3º No notificar a las partes el nombramiento de Conjueces, de Contadores, de peritos y demás personas que hayan de intervenir en el juicio, cuando esta intervención no sea por razón de su empleo o en los casos exceptuados expresamente en este Código; y

'4º No pronunciarse la sentencia del modo prevenido en los artículos 680 y 681.'

"El artículo 123 de la Ley 105 de 1890, enseña:

'Las únicas causas de nulidad en todos los juicios, son:

'1º Incompetencia de jurisdicción; y

'2º Ilegitimidad de la personería de alguna de las partes.'

"La parte actora ha confundido las nulidades sustantivas, de que trata extensamente el Título XX del Libro 4º del Código Civil, con las nulidades adjetivas o de procedimiento, de que tratan el Código Judicial y la Ley 105 de 1890. También ha confundido la nulidad de una sentencia con la misma nulidad del juicio, lo cual es distinto esencialmente, e implica acciones diversas, según lo tiene establecido la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia:

'La nulidad de los juicios es cosa muy distinta de la nulidad de las sentencias; los motivos que originan la nulidad de los procesos, no pueden alegarse como motivos de nulidad de las sentencias, si la ley no ha reconocido expresamente estas causales. Así, por ejemplo, la incompetencia de jurisdicción para fallar un negocio no puede alegarse como causal de nulidad de la sentencia.' (Casación, primero de octubre de mil novecientos doce)."

El recurrente considera que en esta petición no trata de nulidades adjetivas sino de nulidades absolutas, de carácter sustantivo, y se expresa así al respecto:

"Si se tratara de nulidades puramente procedimentales, el Tribunal podría tener razón; pero lo que se ha demandado y comprobado, son nulidades absolutas, de carácter sustantivo, ya que el juicio de cuya nulidad se trata, fue el medio adoptado por los demandados para usurpar a la sucesión de Justo Daniel el terreno materia de la litis. Por medio de ese juicio se dividió en partes materiales el terreno en referencia, y se distribuyó entre personas ajenas en absoluto a sus legítimos dueños. Para llegar a este resultado fue necesario violar la ley sustantiva y procedimental, según la cual no es posible dividir en partes materiales una cosa singular, siguiéndose las reglas del juicio divisorio de bienes comunes, sin que se compruebe que la cosa singular materia de la división no tiene por causa una sucesión, y pertenece en propiedad a las personas indicadas como comuneros en la respectiva demanda."

Se acusa, pues, el fallo, en este concepto, por violación de los artículos 1748, 1749 y 1750 del Código Civil de Cundinamarca; 1740 y 1741 del Código Civil vigente, y 15 de la Ley 95 de 1980, por no haberlos aplicado el Tribunal al caso del pleito.

Se observa:

Los fundamentos en que se apoya esta petición están indicando que la nulidad solicitada se hace depender de irregularidades que se cometieron en la secuela del juicio divisorio, formalidades que en ningún caso, ni por ningún motivo, generan las nulidades absolutas o relativas a que se refieren los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, y 15 de la Ley 95 de 1890.

Para fundamentar este aserto, basta reproducir la doctrina de la Corte sobre el particular:

"Al decir el artículo 1740 del Código Civil que es nulo **todo acto** o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su **especie** y la calidad o estado de las partes, se refiere a los actos o contratos civiles celebrados entre las partes de su libre voluntad, entre los cuales actos no quedan incluídas las sentencias judiciales. Las nulidades en la secuela del juicio o nulidades de procedimiento, ajenas a la casación, deben proponerse en el mismo juicio en que se incurrió en ellas. (Casación, treinta de agosto de mil novecientos veinticuatro. XXXI, 105, 3ª).

"Las disposiciones del Código Civil sobre nulidad (se aludía a la prueba del interés para alegar la nulidad), sólo son aplicables a los actos o contratos civiles entre partes, y no a las actuaciones judiciales o administrativas. (Casación, doce de febrero de mil novecientos veinticinco. XXXI, 253, 2ª)."

En cuanto a las nulidades por ilegitimidad de la personería o incompetencia de jurisdicción, que son nulidades de procedimiento, se anota: no se ha demostrado que las condiciones que exige el artículo 25 de la Ley 100 de 1890 se llenen al presente, puesto que no se trata de probar que las personas que figuraron en el juicio divisorio no fueran hábiles para comparecer en juicio, según el capítulo "Demandante y demandado," ni respecto de sus apoderados para que acrediten su representación, ni para que se pruebe la identidad de la persona que establece la demanda, y tampoco se ha demostrado que el Juez ante quien se siguió el juicio divisorio careciera de jurisdicción para conocer de esos juicios, es decir, que el juicio estuviera atribuído a otra autoridad.

La tercera petición de la demanda tiene por objeto que se declare nula la partición verificada por el señor Aurelio Vargas de los bienes de la sucesión de Justo Daniel.

El Tribunal resolvió así esta petición:

"Para estudiar este punto, precisa en primer término tener en cuenta la doctrina que encierra el artículo 1405 del Código Civil, que dice:

'Las particiones se anulan y se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos.'

"El artículo transcrito da a entender, sin lugar a duda, que para estudiar si es nula o nó la partición demandada, deben observarse las reglas relativas a la nulidad en general.

"Es nulo, dice el artículo 1740 del Código Civil, todo acto o 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. La nulidad, según este mismo precepto, puede ser absoluta o relativa, y la consecuencia de esta clasificación estriba en que la segunda tan sólo puede ser declarada mediante petición de parte legítima.

"Según los hechos alegados, y que ya se han transcrito en este fallo, no se trata de alegar una nulidad absoluta que pueda afectar el acto de partición demandado, la que sólo tiene cabida cuando es producida por un objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para la validez de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellas; se trata, pues, de una nulidad relativa, y consiguientemente, el primer punto que cabe averiguar es el referente a si la parte demandante tie-

ne derecho a solicitar la nulidad de la partición demandada.

"Según aparece de la misma partición, la que en copia figura en autos, ninguno de los actores en este juicio fue partícipe, ni intervino en forma alguna en el acto de partición que demandan, de donde se deduce que carecen de todo interés, y consecuencialmente, que no tienen derecho para pedir la nulidad de un acto en el cual no han intervenido.

"Y no se diga que por tener la calidad de cesionarios de algunos de los herederos de Justo Daniel, causante de los bienes partidos en el acto demandado, tienen interés para pedir la nulidad, porque aun cuando esto es cierto, no lo es menos que el acto de partición demandado no tuvo lugar entre los herederos de Justo Daniel, y como consecuencia de la mortuoria, sino que tal acto tuvo el carácter de una partición de bienes comunes, y teniendo como base únicamente la condición de comuneros, y la circunstancia de estar en posesión cada uno de los individuos que intervino en la partición de un lote de terreno, comprendido dentro del globo general que fue materia de aquel acto de partición.

"Pero aun aceptado el hecho de que la parte actora en este juicio sí tenga personería para solicitar la nulidad de la partición que se estudia, es claro que, siendo como es, una partición asimilable por la misma ley para los efectos de nulidad a los contratos, la demanda en tal sentido debe dirigirse contra todos los que intervinieron en aquel acto, y no sucedió así en el presente litigio, porque aun cuando, evidentemente, la demanda se dirige contra todos los que intervinieron en la partición o sus sucesores, es lo cierto que no todos fueron notificados de ella, y como ya se anotó en este fallo, el apoderado de los actores desistió de adelantar la demanda contra las personas que no habían sido notificadas, tal desistimiento, en relación con esas personas, las hace considerar como desligadas en un todo con el presente juicio, y en estas condiciones la consecuencia jurídica necesaria es que el contrato o partición no puede declararse nulos, por no haber sido demandados todos los individuos que intervinieron en él."

Se tacha esta decisión, en primer lugar, porque se consideró que la nulidad alegada no era la absoluta, incurriendo así en error de hecho evidente en la apreciación de la demanda y de las pruebas de los hechos fundamentales de esta acción, error que lo llevó a violar los artículos 1748 y 1749 del Código Civil de Cundinamarca; 6°, 1740 y 1741 del Código Civil vigente, y 15 de la Ley 95 de 1890.

Suponiendo que la nulidad demandada fuera la absoluta, habría que demostrar que en la partición de los bienes de Justo Daniel se habían pretermitido las formalidades establecidas por la ley para la validez de ese acto, o que él había tenido un objeto o causa ilícita, cosa que no ha logrado evidenciar el recurrente. Conviene advertir que los hechos en que se funda esta petición se refieren a informalidades cometidas en la secuela del juicio. Ninguno de ellos se refiere a la falta de los requisitos que la ley establece para la validez de esté acto, ni a la causa u objeto ilícito que hubiera en esa pretensión; de suerte que no anduvo desacertado el Tribunal al considerar esas nulidades como relativas.

La última petición tiende a que se declaren nulas las sentencias o autos dictados por el Juez 1° del Circuito de Girardot, que aprobaron la partición de los bienes de la sucesión de Justo Daniel.

A este respecto dijo el sentenciador:

"Esta petición se funda especialmente en los siguientes hechos:

'XXX. De manera extemporánea el Juez del Circuito de Girardot pide a la junta de árbitros el expediente, avoca de oficio el conocimiento de él, y corre traslado de la partición presentada por el señor Aurelio Vargas S., ante el Juez de La Mesa, el catorce de diciembre de mil novecientos tres.

'XXXI. A petición del señor Manuel Felipe Perera, el mismo Juez del Circuito de Girardot, en sentencia de veinticuatro de agosto de mil novecientos diez, reformó la partición para el efecto de que se le señalara hijuela al precitado Perera; pero pidieron la revocatoria en esta sentencia, y la otorgó violando la ley, porque la providencia no era revocable.

'XXXII. Perera apeló, y en el Tribunal no solamente sostuvo su recurso, sino que alegó los vicios manifiestos de que adolecía el procedimiento; pero todo fue en vano, porque un solo Magistrado, omitiendo cumplir elemental deber que le señala el artículo 184 de la Ley 105 de 1890, falló él solo el pleito, siendo así que en virtud de lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley 40 de 1907 esa sentencia debió haber sido dictada por toda la Sala de Decisión.'

"De los hechos anteriormente anotados, y que son fundamento de la petición que se estudia, se deduce claramente que tal cuestión fue debatida y estudiada ampliamente dentro del juicio, y resuelta por providencia que tuvo el carácter de auto ejecutoriado. Por tanto, pretender que en este juicio especial se declare en capítulo aparte la nulidad de aquellas providencias, es algo exótico, y que se halla fuera de lugar.

"Por otra parte, resuelto como está en este fallo, que no es nulo el juicio de partición del cual forman parte las providencias demandadas en el punto petitorio de la demanda que se estudia, forzoso es concluír igualmente que tampoco son nulas las providencias, y que deben ser absueltos los demandados en este capítulo de la demanda."

El principal reparo a este fallo se hace consistir en la violación del artículo 831 del Código Judicial, puesto que el Tribunal conceptuó que no podían ser revisadas en juicio ordinario las sentencias pronunciadas en juicios sumarios.

Se advierte: en ninguna parte del fallo ha dicho el sentenciador que no pueden revisarse en juicio ordinario las sentencias dictadas en juicios sumarios, y párese la atención que la sentencia que aprueba una partición no se pronuncia en juicio sumario, sino en el especial de sucesión por causa de muerte.

Por otra parte, aunque se hubiera violado esa disposición, no se podría despachar favorablemente la petición del recurrente, porque, como ya lo ha aseverado el Tribunal, las personas demandadas no fueron las mismas que figuraron en el juicio de sucesión de Justo Daniel.

La acción subisidiaria no puede prosperar tampoco, pues si no se han demostrado los hechos que se le han notado a la sentencia respecto de la nulidad de la partición, menos se podrán aceptar los reparos que se le hacen a esta parte del fallo; pues si no se demandaron a todos los interesados que figuraron en la partición, hoy no puede reformarse ésta sin audiencia de ellos.

Además, no indicó la disposición que se hubiera violado a consecuencia de ese error.

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

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha julio veintiséis de mil novecientos veintinueve.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Manuel Vicente Jiménez).

Vistos:

Cayetano Pineda y Bartola Pineda de Mora demandaron ante el Juez 2º del Circuito de Ocaña a Griselda Verjel de Quintero, "por el dominio, posesión y consiguiente entrega del terreno nombrado **La Gallineta**, ubicado en jurisdicción del expresado Municipio (La Cruz), y por los perjuicios consiguientes, los cuales estimo—dijo el apoderado de los demandantes—en diez mil pesos papel moneda, y por las costas del juicio."

Como hechos de la demanda afirmó que el terreno perteneció a José León Pineda, por haberlo comprado a Celedonia Pineda, según la escritura 279, otorgada el veinte de junio de mil ochocientos ochenta y uno, en la ciudad de Ocaña; que los demandantes fueron hijos legítimos de José León Pineda, y como a tales se les adjudicó el mismo inmueble en la sucesión de aquél, según la hijuela protocolizada con el expediente en la Notaría de Ocaña el veintiuno de marzo de mil novecientos siete, con el número 133; que la demandada poseía el inmueble sin título legal, y que esa posesión ha causado perjuicios a los actores.

Los documentos citados se acompañaron a la demanda.

En sentencia de fecha treinta de enero de mil novecientos ocho, el Juzgado desató la litis, absolviendo a la demandada.

Contra dicha providencia se propuso el recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Pamplona confirmó el fallo de primer grado, en sentencia datada el diez de mayo de mil novecientos veintisiete.

Durante el término legal, el apoderado de los demandantes propuso ante el Tribunal el recurso de casación, y lo fundó acomodándose en la forma a los preceptos legales.

Ante la Corte se presentó un alegato de ampliación del recurso, pero fuera del término de que disponía la parte recurrente.

La labor de la Corte ha de circunscribirse, por consiguiente, al estudio del primer alegato, y declara admisible el recurso.

Se ha hecho valer la primera causal a que se refiere el artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

El recurrente acusa los siguientes conceptos del Tribunal, fundamentales de la sentencia:

"Como se ve, con las pruebas presentadas por los actores está inequívocamente probado que les fue adjudicado el terreno que se menciona en las escrituras públicas números 279 y 133, presentadas con la demanda, y también que ese fundo estaba en poder de la demandada al tiempo de inventariarse los bienes de la sucesión de que trata el último de esos títulos, y si se quiere, que el terreno de **La Gallineta**, que mencionaron en la parte petitoria de la demanda, sin expresión de linderos, es el mismo a que se refieren los títulos mencionados, comoquiera que la demanda se funda en dichas escrituras, las que sí contienen los límites de la propiedad a que se refieren.

"Asímismo está demostrado que ese fundo lo posee la demandada, hecho que no le discuten los actores, pero ni con mucho han probado éstos que su causante José León Pineda y María Pola Mora fueran dueños de lo que pretenden reivindicar; pues aun cuando han presentado sobre el particular un título registrado, la escritura número 279, por ésta no se transmite a los compradores sino el derecho que tuviera el vendedor, que no consta tuviera alguno, y como, por otra parte, tampoco han probado ni que el vendedor de León Pineda y la Mora, éstos tuvieran en algún tiempo ese fundo en su poder, con **animo domine**, preciso se hace concluír que la litis debe librarse en favor de la demandada, por favorecerla la presunción de dominio que en su favor establece el artículo 762 del Código Civil, y no estar desvanecida esa presunción."

Los principales cargos pueden resumirse así:

1º Violación de los artículos 762, 946 y 950 del Código Civil.

2º Error de hecho y de derecho en la apreciación de las escrituras números 279 y 133, otorgadas en la Notaría de Ocaña el veinte de junio de mil ochocientos ochenta y uno y el veintiuno de marzo de mil novecientos siete, respectivamente, según las cuales el inmueble reivindicado fue comprado por León Pineda a Celedonia Pineda, y fue adjudicado en la sucesión del primero a Bartola y Cayetano Pineda, error que apareja quebranto de los preceptos citados.

Ocurre lo primero, en sentir del recurrente, en primer lugar por haber sostenido el sentenciador ser preciso demostrar que el reivindicador tuvo en algún tiempo la cosa en su poder, requisito que la ley no exige, y, por otra parte, que la presunción de dominio a favor del poseedor, no se infirma con las escrituras públicas con que un tercero demuestre la legítima adquisición de un inmueble, afirmación contraria a la doctrina de los textos citados.

Ocurre lo segundo, en opinión del mismo, porque el Tribunal estimó que las escrituras números 279 y 133 no acreditaban realmente el dominio de los actores contra la demandada, quien no adujo ninguna escritura demostrativa de su propiedad.

Observa la Corte:

El Tribunal, indudablemente, violó las disposiciones citadas ya, porque el ejercicio de la acción reivindicatoria no está subordinado al anterior cumplimiento de actos de posesión, como lo indica claramente el artículo 946 del Código Civil, el cual resulta infringido por el fallo de segunda instancia.

También es inadmisible la teoría de que contra el simple poseedor no bastan las escrituras demostrativas del dominio en favor de terceros que no hayan tenido antes la cosa en su poder, alegándose que ellas no enervan la presunción establecida por el artículo 762. Ese modo de pensar da una extensión ilimitada, que no

tiene, al referido artículo, y determina su violación en el caso que se contempla.

Con las escrituras a que se ha hecho alusión, los actores comprobaron ser dueños del terreno denominado **La Gallineta,** al paso que la demandada no produjo en favor suyo prueba alguna de la propiedad. Hubo, en consecuencia, violación de los artículos 762, 946 y 950 del Código Civil. La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en el sentido indicado.

Es asimismo viable el cargo referente al error de hecho y de derecho en la apreciación de las escrituras números 279 y 133, desde luégo que probando ellas que León Pineda había comprado el inmueble reivindicado, y que éste se adjudicó a sus herederos, el Tribunal no estimó bastante esa prueba para despachar el fallo en favor de los actores, con menoscabo de claros preceptos legales, como los señalados por el recurrente.

Por tanto, es preciso infirmar la sentencia.

Para pronunciar la que haya de reemplazarla, estima la Corte:

1º Que habiendo acreditado los demandantes su dominio sobre el inmueble reivindicado, sin que la demandada adujera prueba alguna en contrario, como se dijo arriba, la acción debe prosperar.

2º Que al tenor de lo pedido en la demanda, y principalmente de lo dispuesto por el artículo 961 del Código Civil, debe decretarse la entrega del inmueble a los demandantes, en consecuencia de lo anterior.

3º Que también es consecuencia de lo dicho la orden de restitución o pago de los frutos a que se refiere el Capítulo IV, Título XI, Libro 2º, del Código Civil, aun cuando ella no sea pedida expresamente en la demanda, como lo tiene decidido esta Corte Suprema.

La demandada, que no presentó título alguno justificativo de dominio, debe ser considerada poseedora de mala fe, al tenor del artículo 954 de la obra citada.

4º Que habiéndose pedido por los actores la indemnización de los perjuicios, y no habiéndose probado cuáles sean ellos, ni siquiera en abstracto, el fallo absolutorio se impone a este respecto. La ley no dispone que el poseedor vencido esté obligado al resarcimiento de ellos en general, sino a la restitución de frutos y a la compensación de los deterioros sufridos por la cosa, y esto último no fue objeto de la demanda.

5º Que aun cuando el Juez de la primera instancia declaró improcedente la acción por no haberse indicado expresamente los linderos del inmueble, la Corte estima cumplida suficientemente la determinación de la cosa con las referencias de los hechos 1º y 7º, que dan por reproducidos los linderos a que se refiere una escritura pública y una información de testigos.

6º Que la oposición de la demandada se excusa por no prosperar íntegramente la demanda, y, por tanto, no puede condenársele en las costas del juicio.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Infírmase la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Pamplona el diez de mayo de mil novecientos veintisiete.

2º Revócase la sentencia pronunciada por el Juzgado 2º del Circuito de Ocaña el treinta de enero de mil novecientos ocho.

3º Declárase que Bartola Pineda de Mora y Cayetano Pineda son dueños del terreno denominado **La Gallineta,** ubicado en jurisdicción municipal de La Cruz, y que se deslindó así:

"Desde la quebrada de **La Gallineta** y **Los Barrancos,** de la cañada de la loma **La Chata,** aguas arriba, hasta salir a la encillada de **Roblal,** lindando con tierras del señor Pedro Pacheco Lobo; siguiendo por un filo arriba, hasta el **Alto de las Cruces;** lindando por esta parte con tierras del señor Juan de Dios Gómez, se continúa todo el filo de la cordillera, hasta dar con la cabecera de **Los Barrancos,** lindando con tierras del señor Domingo Pacheco, a dar con el primer lindero."

En consecuencia, la demandada restituirá dicho terreno a los demandantes, dentro de los seis días siguientes de la ejecutoria de este fallo, con los frutos naturales y civiles que ella haya percibido durante su retención indebida, y los que los demandantes hubieran podido percibir, en el mismo tiempo, con mediana inteligencia y actividad, teniendo ellos el inmueble en su poder. La cuantía de estos frutos se fijará en juicio separado.

4º No hay lugar a decretar la indemnización de perjuicios demandada.

5º No se hace condenación en costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El Juez 1º Superior de Santa Marta en desarrollo del veredicto pronunciado por el Jurado de calificación que se reunió para decidir acerca de la responsabilidad de Julio C. García, por el delito de homicidio de Lázaro Barranco, condenó al acusado a la pena principal de nueve años de presidio, después de estimar que se trataba de un homicidio simplemente voluntario, al cual correspondía la penalidad que fija el artículo 600 del Código Penal, en armonía con el numeral 1º del artículo 587 del mismo Código; además tuvo en cuenta que la responsabilidad debía calificarse en segundo grado, por concurrir circunstancias agravantes y atenuantes.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal de ese Distrito Judicial, con fecha treinta de septiembre último.

Tanto el defensor como el condenado interpusieron casación contra el fallo del Tribunal, y más tarde designaron ante la Corte un apoderado especial, y como el recurso reúne los requisitos legales, como adelante se verá, se procede a estudiarlo.

Como cuestión previa es necesario examinar si el recurso fue sustentado oportunamente ante la Corte por el apoderado doctor Jorge Eliecer Gaitán.

El señor Secretario, al dar el respectivo traslado al Procurador, informó que el escrito del apoderado había llegado "fuera del traslado, es decir, fuera de tiempo."

Con el fin de aclarar este punto, el Magistrado sustanciador pidió a la Secretaría el siguiente informe:

".... cuántos días hábiles han transcurrido del traslado concedido al recurrente, desde el día treinta de enero del presente año hasta cuando se lo llevó en traslado para alegar el apoderado doctor Jorge Eliecer Gaitán, descontando el tiempo en que por razón del reconocimiento de apoderado entró el asunto al despacho, y hubo necesidad de que surtieran los efectos de la notificación del auto en que se hizo tal reconocimiento."

El Secretario no se limitó a dar tal informe, sino que entró en apreciaciones de fondo, para decidir que "el descuento de tiempo en que por razón del reconocimiento de apoderado dispone el señor Magistrado que se haga en este asunto, no lo hizo el suscrito Secretario, por no encontrar entonces, como no encuentra ahora, fundamento legal, ya que el artículo 64 de la Ley 105 de 1890 señala expresamente los únicos casos en que se suspenden o no corren los términos legales."

Esa clase de conceptos, como para anticiparse a rebatir la doctrina que en sentido contrario pudiera emitir la Sala, no corresponden al Secretario, sino única y exclusivamente a ésta, y es precisamente ese empleado quien está más obligado a guardar el debido respeto y discreción por las opiniones de los Magistrados en todos los casos, mucho más en éste, en que no se ha creído necesario ni oportuno oír su opinión.

El edicto por medio del cual se notificó el auto de traslado, se desfijó el treinta y uno de enero del presente año; tres días necesita para ejecutoriarse ese auto, es decir, los días 2 (porque el 1° fue inhábil, por ser fiesta), 3 y 4 de febrero. De suerte que el término del traslado comenzó para el recurrente desde el 5 de febrero. Así, pues, como el expediente entró al despacho para reconocer el apoderado, o sea el 7 de febrero, iban transcurridos dos días, 5 y 6. El mismo 7 de febrero salió el asunto del despacho, teniendo al doctor Gaitán como apoderado, y el edicto por medio del cual se notificó ese auto, se desfijó el 11 de febrero; de manera que la ejecutoria de esta providencia sólo se verificó tres días después, o sea el 14. El 16 de febrero (porque el 15 fue inhábil, por ser fiesta), comenzó de nuevo a correr el traslado de treinta días, el cual, contados los dos días que habían corrido y de que atrás se habló, venció el 20 de marzo, descontando los días 22 de febrero, 8, 15 y 19 de marzo, que fueron inhábiles por ser fiesta, y como el expediente fue devuelto por el apoderado con el respectivo alegato, el 11 de marzo, síguese que lo hizo oportunamente y aun antes de vencerse todo el tiempo que la ley le concedía.

Y que la actuación, por lo que hace al reconocimiento de apoderado, interrumpe el término del traslado, lo dice con toda claridad el artículo 64 de la Ley 105 de 1890, cuando al enumerar los casos de suspensión, menciona en el ordinal 2°, "durante alguna incidencia legal cuando así lo ha prescrito la ley"; e incidencia quiere decir, según el Diccionario de la Lengua española, y según el Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de don Joaquín Escriche, lo que sobreviene en el discurso de algún asunto, negocio o pleito, y tiene con él alguna conexión; esa incidencia en el presente caso está prevista por la ley, desde luégo que de acuerdo con las disposiciones que reglamentan el recurso de casación en materia penal, éste se puede intentar y sostener por medio de apoderado, lo que exige la tramitación que para esos casos señala el Código Judicial en el Capítulo IV del Libro 2°, Título 1°, principalmente los artículos 332 y 336.

Es fundada esa interrupción o suspensión, porque si el expediente se encuentra al despacho para reconocer al apoderado, o en la Secretaría, surtiéndose la notificación y ejecutoria del respectivo auto, es claro que no se puede entregar, lo que significa que el expediente no está a disposición del recurrente, y, por tanto, el traslado no se está surtiendo, de acuerdo con la definición que de él da el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 105 de 1890.

Supóngase que en vez de salir del despacho el expediente en el mismo día en que entra para reconocer al apoderado, se demore muchos días en él; ¿sería justo, sería razonable y equitativo, que no obstante esa circunstancia el término del traslado siguiera corriendo sin interrupción ni descuento alguno, hasta el extremo de que bien pudiera quedar privado el recurrente del derecho de alegar, es decir, de ejercitar su defensa, no por culpa suya, sino por la demora del Magistrado?

Ni la ley, ni la jurisprudencia, ni criterio sano y sereno de juzgador alguno podrían autorizar semejante absurdo.

No está por demás agregar que la interrupción o suspensión de que se viene hablando, se ha sostenido invariablemente en la casación civil.

Quiere decir todo lo anterior que el informe del Secretario, cuando consignó que el alegato del apoderado ante la Corte había sido presentado fuera de tiempo, es equivocado, aun cuando naturalmente lo hizo con los más rectos y sanos propósitos.

El mismo apoderado pide que esta Sala interprete el artículo 151 de la Ley 40 de 1907, en el sentido de que la entrega del proceso al recurrente por treinta días, de que habla ese artículo, sólo debe contarse a partir de la verdadera entrega, y no simplemente desde la ejecutoria del auto en que tal cosa se ordene; siempre, eso sí, aclara el mismo apoderado, que la entrega se verifique antes de vencerse los mencionados treinta días, para evitar dilaciones en la terminación de los juicios.

La aplicación uniforme que hasta la fecha se ha dado a esa disposición, en el sentido de que los treinta días corren desde la ejecutoria del auto en que se ordene la entrega del proceso, y no desde la entrega misma, no se puede variar, por más que se trate de cuestiones criminales, porque a ello se opone la letra y el espíritu de la disposición y las demás que con ella se relacionan, y también el orden y la garantía que se desprende de la fijeza en el procedimiento. Esa entrega del proceso para alegar, corresponde a lo que se denomina "traslado," el cual se surte, dice el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 105 de 1890, anteriormente mencionado, "notificando a la parte respectiva el auto en que manda darlo, y poniendo a su disposición por el término que la ley, o en su defecto, por el que el Juez designe para contestarlo, el expediente o la parte de éste sobre que verse el traslado."

De suerte que la orden de entrega del expediente se está cumpliendo desde entonces, y si el recurrente no se lo lleva, no es por falta de amplitud en los medios legales de defensa, sino porque voluntaria y caprichosamente omite ejercitarlos en toda su extensión y oportunidad.

Además, según el artículo 507 del Código Judicial, los términos empiezan a correr desde la notificación a las partes, y no se interrumpen o se suspenden sino en los casos señalados por la misma ley.

En guarda de los mismos intereses del procesado, no es conveniente prorrogar indefinidamente los términos, porque ello sería causa de demoras, desde todo punto de vista perjudiciales.

Es cierto que en materia penal tiene que prevalecer un criterio favorable, pero tal situación no puede exigir prescindencia completa de las normas señaladas por el legis-

lador, porque entonces sobrevendría el caos y la inseguridad en el procedimiento, en menoscabo de la seriedad que debe guiar las actuaciones judiciales, mucho más aquellas que, como la casación, demandan especiales requisitos, por cuanto se trata de un recurso extraordinario.

Tanto los memoriales en que defensor y condenado interpusieron el recurso, como principalmente en el alegato del apoderado ante la Corte, se invoca en primer término la causal de nulidad que prevé el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 78 de 1923.

En orden lógico; y porque así lo dispone el inciso 2º del artículo 11 de la Ley 90 de 1907, es necesario estudiar de preferencia esa causal, porque si estuviere justificada, es inútil el estudio de fondo, y entonces se impone la declaratoria de nulidad "sin necesidad de entrar en consideraciones acerca de otros motivos de nulidad."

El condenado y su defensor alegan como motivos de nulidad el hecho de que no habiéndose llamado a juicio por homicidio premeditado, y habiéndose interrogado al Jurado sobre esa circunstancia, dejó de notificársele el auto de proceder con ese cargo, y, por tanto, "existe la nulidad consiguiente, a partir del momento en que se sometió al Jurado un cuestionario que no excluyó, como lo había hecho el auto de proceder, que sí la excluyó, la premeditación." De lo cual deducen que se ha incurrido en la nulidad de que tratan los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887, en varios de sus ordinales.

Se contesta:

En primer lugar se observa que, hoy por hoy, existe sustracción de materia en relación con ese punto, porque la sentencia del Tribunal, que es objeto de la casación, no ha condenado por homicidio premeditado, sino por simple voluntario; de suerte que esa circunstancia no se ha tenido en cuenta. Así, pues, no puede decirse que Julio C. García haya sido condenado con prescindencia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, y por cargos que, según las apreciaciones del recurrente, no se le hubieran formulado en el auto de proceder.

Y aun admitiendo que en la casación existiera materia discutible en relación con el punto tratado por el condenado y su defensor, la circunstancia de que se condene a un procesado por un cargo de la importancia y gravedad del homicidio premeditado, que le da a ese delito una fisonomía especial, sin que previamente se hubiera determinado en esa forma y condiciones en el enjuiciamiento que, como se ha dicho repetidas veces, constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda, tal alegación no corresponde a un motivo de nulidad que la ley haya previsto, como lo ha hecho, sino a la causal 3ª de casación, que está concebida así:

"No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder," y si, como ya se vio, la sentencia recurrida no trae condenación por ese cargo, no se ve por este otro aspecto falta de consonancia o el desacuerdo fundamental de que trata la mencionada causal 3ª, y muchísimo menos la nulidad que equivocadamente se planteó.

El apoderado doctor Gaitán, después de enumerar las irregularidades en que se incurrió en el procedimiento con motivo de la acusación particular, presenta la siguiente nulidad:

"Al folio 118 del expediente se halla la diligencia de sorteo de Jurados. Aparece de ella que el señor Juez extrajo **ocho balotas**. Y aparece igualmente que la señora viuda de Barranco, a la cual se la llama acusadora, y la cual aparece firmando la diligencia, recusó a uno de los sorteados, o sea al señor Carlos Albán Ponce. Ya se había declarado que la acusación no se admitía por no haber sido formalizada. Se le negó el derecho de pedir pruebas, y no las pudo pedir, pero en cambio se le da facultad para **recusar Jurados! !....** Un particular ha tenido acceso a esta diligencia, quizá la más delicada, y ha influído en la designación de los nombres. Pero aun cuando así no fuera, aun cuando no se hubiera declarado desierto el recurso, ¿se le ha ocurrido a alguien que el acusador, no siendo parte, como no es, por disposición expresa de la ley, pueda intervenir en el sorteo de Jurados? Parece que el señor Juez se olvidó de las reformas que sobre el particular ha dictado la ley. El artículo 276 de la Ley 57 de 1887 dispone que se sacarán tantas balotas como correspondan a las que puedan recusar el acusador, el Fiscal y el acusado (en este caso, es de notarse, la facultad de recusar no se concede ni siquiera al defensor, a pesar de ser parte), más un número igual a tres. Para que todo esto hubiera sido completo en su desatino, en realidad el Juez ha debido sacar nada más que tres. Ahora bien: como los Jurados son cinco, es éste el número que debe sacarse, y como el acusador dejó de ser parte, y como la ley delimitó taxativamente sus funciones, y en tal enumeración se halla la de recusar Jurados, las balotas que pueden sacarse, a más de las cinco, son las dos restantes que corresponda recusar al acusado y al Fiscal. Debiendo haber sido siete las balotas, se sacaron ocho, y no debiendo actuar un particular, se le concedió a éste la facultad de recusar. Así lo han venido practicando, es decir, de acuerdo con la ley, que no admite para esta diligencia al acusador, todos los Juzgados de la República, y creo sea éste el primer caso en contrario que a la Corte se le presente."

"En forma que nos encontramos ante el caso clarísimo de nulidad, fijado por el numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, cuando dice:

'Haberse incurrido en la diligencia del sorteo en alguna equivocación tál, que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el Jurado'; y este es el caso en el cual nos encontramos. En efecto: si el señor Carlos Albán Ponce no hubiera sido recusado indebidamente por la señora viuda, bien hubiera podido suceder que él hubiera actuado en el Jurado, y que a él, en realidad, le correspondiera. O habiendo sacado a la suerte nada más que siete balotas, uno de los que actuaron no hubiera debido actuar. En conclusión: que no se sabe, por un error en la diligencia del sorteo, cuáles eran los designados que en realidad hubieran debido actuar, y bien pudo que hubiera sido uno distinto de los que ejercieron el cargo. Nos encontramos, precisamente, en el caso dubitativo que la ley plantea, y, por tanto, hay una nulidad evidente y clara."

Se considera:

La Corte estima que el apoderado tiene razón. Olvidó el Juez de primera instancia que el acusador particular, aun debidamente constituído, no es parte en esta clase de juicios que se adelantan de oficio, como claramente lo enseña el artículo 21 de la Ley 104 de 1922, cuando dice:

"El acusador particuar no reviste el carácter de parte en la acción pública," y su intervención queda limitada, según el artículo 20 de la misma Ley, a solicitar las diligencias útiles o procedentes para comprobar el delito y descubrir los delincuentes, y a pedir el embargo de bie-

nes suficientes para asegurar el pago de la indemnización civil a que diere lugar el delito, teniendo en cuenta el avalúo que sobre este punto se haya practicado.

Con posterioridad a las disposiciones mencionadas, la Ley 68 de 1928 únicamente permite al acusador alegar oralmente ante el Jurado.

De suerte que si en este juicio no existen como partes sino el Ministerio Público y el procesado, sólo ellos tienen derecho y facultad para intervenir en el sorteo de Jurados y para llevar a cabo las recusaciones que permite la ley; mas no sucedió así: el Juez dio intervención en esa diligencia al acusador particular, insaculando mayor número de balotas de las indicadas por la ley, y concediendo al acusador el derecho de recusar, que no tiene.

Es causal de nulidad, dice el numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887 "haberse incurrido en la diligencia de sorteo en alguna equivocación tál, que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el Jurado."

Es probable que la persona recusada por el acusador, como lo anota el apoderado, hubiera, sin esa circunstancia, integrado el Jurado; es posible también que en vez de insacular ocho balotas, como se hizo, si se hubiera el Juez limitado a siete, que era el número indicado, alguno o algunos de los sorteados hubieran podido ser distintos. En todo caso, la intervención del acusador en esa diligencia produjo tal equivocación e irregularidad en ella, que trajo y ha traído por consecuencia que no pueda saberse cuál o cuáles debían en realidad integrar el Jurado de calificación.

Lo relativo al sorteo de los Jueces de hecho es de la mayor importancia, porque son ellos los que vienen a decidir de lo principal o sea acerca de la responsabilidad, y por lo mismo, la diligencia en que tal cosa se haga, tiene que llevarse a cabo con el mayor cuidado y corrección.

La nulidad alegada aparece, por tanto, justificada, y debe prosperar. No se estudian algunos otros hechos que también se presentan como nulidades, porque se refieren a actuaciones posteriores que, por lo mismo, quedan sin valor, en virtud de la declaratoria de nulidad que se ha venido examinando.

Como consecuencia de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el señor Procurador General, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Declárase nulo lo actuado en este juicio, desde la diligencia de sorteo de Jurados, inclusive, en adelante, y que lleva fecha veinticuatro de febrero del año pasado.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, treinta de abril de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Al Jurado que intervino en el presente juicio, abierto con fecha 30 de agosto de 1929 por el Juzgado 2º Superior de San Gil, con residencia en el Socorro, se le sometieron las siguientes cuestiones:

"¿El acusado Arturo Cepeda es responsable de haber dado muerte a Juan de Dios Tirado, por medio de una herida causada con instrumento cortante, en la cabeza, al lado izquierdo, de figura transversal, que interesó la masa cerebral, hecho ocurrido en el punto de San Lorenzo, de la jurisdicción municipal de San Benito, en la casa de Casimiro Cepeda, de las seis a las siete de la noche del día siete de febrero de mil novecientos veintiocho, y en la comisión del delito obró de manera voluntaria y con intención homicida?"

El Jurado contestó: "Sí, pero sin intención homicida."

"¿El acusado Arturo Cepeda, en la ejecución del delito a que se refiere la cuestión anterior, obró con alevosía, sorprendiendo indefensa y descuidada a la víctima?"

El Jurado dijo: "Nó."

Y como el Juez encontrara ambigüedad en la respuesta a la primera cuestión, con fecha 6 de marzo de 1930 dispuso convocar de nuevo el Jurado para que aclarara el veredicto en el sentido de determinar "cuál fue la intención que movió al agente, o cuál el daño que se propuso causar." Entonces el Jurado se expresó así:

"Aclaramos el cuestionario que se nos propuso el 5 del presente, contestando éste así: Sí, con la intención de castigar una ofensa leve."

El Juez, estimando los hechos como homicidio voluntario, profirió sentencia el 17 de marzo del año próximo pasado. En ella condena a Cepeda a la pena de siete años de presidio, y sus accesorias, previa calificación de la delincuencia en tercer grado, pero con el aumento discrecional en una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena señalada por la ley. Este fallo lo confirmó el Tribunal con fecha once de agosto último.

En la debida oportunidad el procesado interpuso recurso de casación invocando las causales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923. Y como la demanda es admisible para estudio de fondo, se principiará por la causal 2ª, ya que se refiere a vicios de nulidad en la actuación.

Varios motivos trae la demanda para sustentarla, y consiste el primero en alegar que se incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación genérica del delito, pues, dice que se trata de heridas y no de homicidio, y continúa así:

"....efectivamente se trata de un delito de heridas graves, ya que fue el desaseo del ofendido y no la hemorragia descuidada por él lo que le ocasionó la muerte. Por tanto, no murió Juan de Dios Tirado por consecuencia y efecto natural de la herida sino por su descuido y desaseo en el tratamiento de esa herida;

"**b)** Porque el concepto de los expertos médicos no afirma que la herida fue de naturaleza mortal, sino que 'ateniéndose a las descripciones de los peritos **inexpertos** en sus respectivos reconocimientos, **revela que hubo penetración de la masa encefálica** (sic). Una herida como esa (sic) produce la muerte,' dicen. Pero este concepto en manera alguna es demostrativo de que ciertamente hubo penetración de la herida hasta la masa encefálica, porque:

"1º No se funda en cosa alguna realmente observada por los expertos mediante la inspección ocular de las le-

siones y naturaleza de la herida en la región afectada, sino en las descripciones de la gente ignorante o peritos inexpertos que nada entienden de esas cosas, ni dicen cosa alguna de la profundidad y órganos afectados por la herida. En una palabra, ni los reconocimientos de los inexpertos, ni el dictamen de los expertos cumplen y reúnen los requisitos del artículo 157 de la Ley 40 de 1907, y si falta la prueba indubitable, nítida y precisa del cuerpo del delito, es claro que se ha incurrido en error acerca de la denominación del delito; y

2º Porque por lo menos existe una duda bastante grave acerca de si realmente se trata de un homicidio o de heridas, y esa duda obra en favor del reo. Luego se trata de heridas."

Como consecuencia alega la demanda que hubo incompetencia de jurisdicción, es decir, que del asunto ha debido conocer el Juez del Circuito de Vélez y no el Juzgado Superior de San Gil, por lo alegado de no tratarse de homicidio sino de simples heridas, en lo cual hace consistir un segundo motivo de nulidad.

Como los dos vicios que se alegan arrancan de un mismo fundamento, es el caso de estudiarlos a la vez, y se considera:

Los reconocedores del occiso llamados por el Alcalde de Güepsa, donde se inició el proceso, dicen en lo sustancial así:

"Tenemos a la vista el cadáver de Juan de Dios Tirado, y le hallamos una herida ocasionada con instrumento cortante al lado izquierdo de la cabeza, de figura transversal, la cual mide veinte centímetros de largo, cinco de ancho por cinco centímetros de profundidad; esta herida así delineada pudo haberle ocasionado la muerte por el desaseo en que la hallamos y porque pudo interesarle músculos muy importantes de la cabeza y la masa cerebral, dada la apostura de ella, pues le abarcó parte del frontal y parte de la nuca."

Pudiera sostenerse que esta exposición no constituye un verdadero experticio, desde luégo que fue hecha por personas ignorantes de la ciencia médica e incapacitadas por lo mismo para apreciar las afecciones orgánicas que se desprendieran como efecto natural de la herida, esto es, las causas que ocasionaron inmediata y directamente la muerte como derivadas de la herida. Pero en cuanto declaran sobre cosas sujetas a la apreciación de los sentidos externos, o sea por lo que respecta a las dimensiones de la herida, su posición y situación, es claro que su dicho tiene mérito probatorio, al menos como prueba testimonial. Y resulta también indudable que, dada la magnitud de la herida y la parte noble donde fue infligida, no se necesitaba que los reconocedores fueran versados en medicina para estimar con razón que aquélla fue la causa eficiente de la muerte que le sobrevino a Tirado pocos días después de ser agredido.

En todo caso, la primera exposición da base suficiente para fundar, sobre los datos que arroja, un dictamen de expertos que fue el rendido por dos facultativos, visible al folio 23, cuaderno 1º, donde se lee:

"La herida descrita por los peritos no expertos, cuya exposición corre al folio 1º vuelto, revela que hubo penetración del arma cortante hasta la masa cerebral. Por la extensión de tal herida se deduce que la pérdida de sangre debió ser abundante, dada la irrigación de la cabeza. Una herida de esta clase produce la muerte."

El carácter mortal de la herida no puede, pues, remitirse a duda, y por ello acertadamente dice la sentencia:

"Además, según lo expuesto por los peritos que en Güepsa reconocieron el cadáver de Tirado, éstos no niegan que la muerte de ese individuo fuera ocasionada por la herida que le vieron, pues al dar su dictamen y concluír allí que la muerte había sido producida directamente por la herida, hicieron también mérito de un incidente, acaso secundario, y proveniente del repugnante aspecto que debía presentar la cabeza del occiso en esos momentos.

"Ni cómo podían ellos juzgar que esa lesión no era la causa directa y ocasional de la muerte de ese hombre, dadas las enormes dimensiones de esa herida que presentaba en la parte más noble del cuerpo, que en su profundidad descendía hasta la masa cerebral? ¿Cómo creer que esa lesión no era la causa directa de la muerte de aquel infeliz hombre que, acaso por su pobreza y lo retirado del paraje donde soportaba su enfermedad, no pudo proporcionarse recursos para aliviar siquiera en parte su situación? Siendo de tener en cuenta que desde que recibió la herida quedó mudo, según lo afirman algunos de los que en ese momento lo vieron, tal era lo grave de su lesión.

"Ni fueron muchos los días que mediaron entre el momento en que recibió Tirado la herida y la muerte de ese individuo; el golpe lo recibió la noche del siete de febrero y murió el día doce de ese mismo mes—no se sabe la hora precisa en que esto ocurriera—luego no mediaron sino cinco días no cabales entre esos dos sucesos.

"Los peritos de Güepsa no hablan de infección en su exposición; esa es una mera deducción que hace el señor defensor en su alegato, pero que no está constatada en los autos."

La herida que recibió Tirado, como lo dicen categóricamente los expertos, fue la causa eficiente de la muerte; y por tanto, ni hubo error en la denominación genérica del delito, ni tampoco existe vicio de nulidad por incompetencia de jurisdicción.

En tercer lugar, y para sostener la misma causal 2ª, se alega que se acudió al mismo Jurado, sin audiencia pública, para hacerle cambiar el veredicto, que vino a ser así contradictorio con el primeramente proferido, pues en sentir del recurrente cuando el Jurado descartó la intención homicida en el agente le dio al hecho el carácter de homicidio simplemente culposo, según el artículo 613, sin que hubiera habido necesidad de interpretar para nada el pensamiento contenido en el veredicto, cosa que se hizo luégo por medio de una respuesta esencialmente distinta de la primera, dice, pues entonces se incluyó la voluntariedad.

Para resolver, se considera:

El señor Procurador acoge esta tesis de la demanda, y dice:

"Basta el simple cotejo de las dos resoluciones del Jurado para deducir de una manera palmaria que la segunda, lejos de ser una aclaración o ampliación de la vaguedad o insuficiencia del primer veredicto, es a su vez un veredicto no sólo distinto sino contrario por completo al primero. Efectivamente, éste declaró responsable a Arturo Cepeda de un homicidio llevado a cabo sin intención de cometerlo; por haber dado muerte a un hombre, sin pretender darle muerte; se le hizo responsable, en

definitiva, por un homicidio involuntario. En el veredicto segundo (que se ha llamado ampliación del primero), se le ha declarado responsable por haber dado muerte intencional a Juan de Dios Tirado por un motivo más o menos grave, pero en todo caso con intención de matarle; se le ha declarado reo de homicidio voluntario. No se ha interpretado, pues, con éste, el anterior veredicto, sino que con él se ha pronunciado un veredicto absolutamente contrario, capaz de destruír, si se tiene en cuenta (sic), los efectos jurídicos del primer veredicto."

Y teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 310 de la Ley 57 de 1887, que fija los límites dentro de los cuales es admisible la aclaración del veredicto, disposición que en ningún caso autoriza—dice el señor Procurador—para que so capa de interpretar se modifique o contraríe el primer veredicto, concluye este alto funcionario diciendo que por haber de considerarse el segundo veredicto completamnte desvinculado del primero, es el caso de ordenar la reposición de lo actuado, desde el auto que ordenó la segunda convocatoria del Jurado, desde luégo que para proferir el segundo veredicto se pretermitieron formalidades sustanciales, como la falta de convocatoria legal del Jurado, audiencia pública, etc.

Es indudable que el Juez está facultado legalmente para pedir la aclaración del veredicto cuando ofrezca ambigüedad u oscuridad en sus términos; así lo dispuso el Juez en este caso, por auto de fecha seis de marzo de mil novecientos treinta; y aun cuando dicho funcionario incurrió en el error de volver a presentar el cuestionario como si se tratara de nueva audiencia, los miembros del Jurado, con muy buen sentido, se limitaron a aclarar el primer veredicto, lo cual expresaron en la forma siguiente:

"Aclaramos el cuestionario que se nos propuso el cinco del presente, contestando éste así:

"Sí, con la intención de castigar una ofensa leve."

Así, pues, el señor Procurador no está en lo cierto al sostener que "debe considerarse la segunda resolución de los Jurados como un veredicto distinto, completamente desvinculado del primero." Y que "como basado en él el Juez ha calificado la delincuencia y el Tribunal ha confirmado la sentencia del Juez, resulta que se ha condenado a Cepeda por razón de un fallo dictado con la pretermisión de las más sustanciales formalidades del juicio: sin haberse convocado el Jurado en la forma legal, sin haberse celebrado audiencia pública, sin haber sido oído ni vencido el reo, etc., etc. Por lo tanto es completamente nula la sentencia dictada, y desde la segunda convocatoria del Jurado son nulas también todas las actuaciones del juicio."

El llamado segundo veredicto no es sino una simple aclaración del primero, y el fijar su significación determinando su valor y alcance, y decidir al propio tiempo si la sentencia se halla de acuerdo con las respuestas de los Jueces de hecho, no es materia de la causal 2ª, sino de la causal 3ª, que, por fortuna, fue también invocada y sustentada en la demanda, por lo cual es el caso de examinarla en este lugar.

Dice el recurrente que el segundo veredicto destruye el primero, pues ya no se habla de falta de intención homicida en el agente, sino que por medio de un "sí, por castigar una ofensa leve," se concreta la responsabilidad en forma distinta y contradictoria, así dice la demanda:

"1ª Contestación: 'Sí es responsable de un homicidio culposo;

"2ª Sí es responsable de un homicidio voluntario;

"3ª interpretación: 'Sí es responsable, pero sin intención de matar, pero con intención de castigar una ofensa leve,' tomando ambas respuestas para armonizarlas. En este caso se trataría de un homicidio voluntario, sancionable según el artículo 612 del Código Penal."

Y agrega:

"En fin, de cualquier manera que se interprete el veredicto del Jurado, tenemos que no se trata de un homicidio voluntario por falta de intención. Y como se me ha condenado por homicidio voluntario, es claro que el fallo en que esto se base está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, el cual dejó en vigor la contestación: 'Sí, pero sin intención homicida.'"

Insiste también en considerar el delito como simples heridas, pero esta cuestión ya quedó resuelta atrás.

Para resolver, se considera:

Ya queda visto cómo la primera y principal respuesta del Jurado está concebida así: "Sí, pero sin intención homicida," y que el Juez, con el fin de que el Jurado aclarara el veredicto en el sentido de fijar la intención que movió al agente, o cuál fue el daño que se propuso causar, lo interrogó de nuevo y obtuvo la contestación varias veces copiada: "Sí, con la intención de castigar una ofensa leve."

Si se tiene en cuenta que esta segunda respuesta no es, ni puede considerarse desligada de la primera, sino que en conjunto forman un solo y único veredicto emanado de una misma entidad moral, y que no son contradictorias las respuestas, el criterio que debe guiar al intérprete se halla en buscar la armonía de tales contestaciones, para encontrar así el verdadero alcance de un veredicto formulado en términos que no son lo suficientemente claros y explícitos.

Y así, puesto que el Jurado excluyó la intención homicida al contestar por primera vez la cuestión principal, es inadmisible que la hubiera incluído después, cuando sólo se trataba de aclarar su pensamiento y en ningún caso de modificar o contrariar lo dicho en la primera oportunidad. Lo que quiere decir el veredicto es, pues, que no hubo intención homicida en el agente responsable sino sólo la de castigar una ofensa leve: quiso esto el acusado, pero no causar la muerte del agredido, de donde resulta que el homicidio es involuntario en el caso de autos y que por este aspecto la sentencia del Tribunal violó las disposiciones de los artículos 587, 600 y sus concordantes del Código Penal, por indebida aplicación, y el 611 ibídem por haberlo dejado de aplicar, como pasa a verse.

El segundo veredicto se dirigió al móvil del delito, aunque se abstuvo de precisar la calidad o gravedad del daño, que era lo que el Juez quería aclarar; por consiguiente, por lo que respecta a las disposiciones que señalan la pena de tal delito, no puede determinarse si el propósito del agente fuera el de causar un mal grave, mediano o leve; de suerte que no pudiéndose fijar esa intención, no sólo por la deficiencia del veredicto sino también porque excluída la de causar la muerte, no hay asidero en las pruebas del proceso para precisar la calidad del daño que se propusiera causar el agente. Por tanto, la disposición aplicable al caso resulta ser la del artículo 611 del

Código Penal, donde está prevista la hipótesis de que no pueda conocerse aquella intención del ofensor. Esto justifica y demuestra a la vez la causal 1ª de casación.

En cuanto a la cuarta, o sea la de haberse dictado la sentencia por funcionario incompetente para conocer del asunto, se advierte que, por basarse en el mismo motivo de ser el delito simples heridas y no homicidio, según lo alega el recurrente, y como tal de competencia del Juez del Circuito, no es el caso de insistir sobre las razones expresadas atrás para llegar a la conclusión de que en realidad el delito que se contempla es de homicidio, y por lo mismo, de competencia del Juez Superior.

Pero resultando justificadas las causales 1ª y 3ª, en los términos ya examinados, ello es suficiente para invalidar en parte el fallo recurrido.

Se conservará la calificación de la delincuencia en tercer grado; pero lo baladí del móvil que determinó la voluntad del agente es bastante para aumentar discrecionalmente la pena en una sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo de la correspondiente, según lo permite el artículo 124 del Código Penal.

Y así, se aplicarán al procesado cuatro años y ocho meses de presidio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa en parte la sentencia recurrida y en su lugar falla:

Condénase a Arturo Cepeda, como responsable en tercer grado de homicidio involuntario en la persona de Juan de Dios Tirado, con el aumento discrecional de una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena aplicable, a la de **cuatro años y ocho meses** de presidio, que purgará en el establecimiento de castigo que el Gobierno designe.

En las condenaciones accesorias queda firme la sentencia del Tribunal.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Al Jurado de calificación reunido para decidir sobre la responsabilidad de Dionisio Goyeneche, por el delito de homicidio en la persona de Jerónimo Monsalve, sometió el Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el siguiente cuestionario, que se transcribe junto con su contestación:

"¿El acusado Dionisio Goyeneche es responsable de haber dado muerte violenta a Jerónimo Monsalve, de una cuchillada que éste recibió en la región abdominal, como entre las seis y siete de la noche del trece de octubre de mil novecientos veintinueve, en una de las calles del poblado de La Paz; y en la ejecución de este hecho procedió el acusado con voluntad e intención?"

El Jurado contestó: **"Sí, en riña provocada por el occiso."**

El Juez, teniendo en cuenta ese veredicto, y lo que disponen los artículos 600, numeral 7º, del artículo 587, y 124 del Código Penal, después de calificar la responsabilidad en el tercer grado, condenó al acusado a la pena principal de siete años de presidio, fuera de las respectivas accesorias, lo cual fue confirmado por el Tribunal de ese Distrito Judicial, con fecha febrero diez y seis del presente año.

Contra este último fallo interpuso casación el condenado, y como el memorial en que tal cosa se hizo reúne las exigencias legales, se procede a estudiar el recurso en el fondo, siendo de advertir que el recurrente no hizo uso del traslado, ni presentó alegato.

Se invocaron las causales 1ª, 2ª y 3ª de las contenidas en el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, habiéndose omitido fundar la segunda.

En desarrollo de la primera causal, o sea el ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta, o por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar, el recurrente sostiene lo siguiente:

"El Juez de derecho debe, pues, estudiar primero si el caso encaja dentro de alguna disposición especial, o si, por el contrario, corresponde colocarlo dentro de las reglas generales. En el presente caso ha debido aplicarse el primer inciso del artículo 602 del Código Penal, porque en él claramente encaja, y no ir a tomarse el Juez la atribución de prescindir de la agregación, y colocar el caso en los generales, siendo así que corresponde a un caso especial y de aplicación obligatoria antes que las disposiciones generales.

"El primer inciso del artículo 602 del Código Penal es de forzosa aceptación, en el caso de no declararse injusto el veredicto. Cuando queda a juicio del Juez la aplicación de la pena o calificación del delito, en el caso del inciso 2º del citado artículo, entonces sí puede el Juez de derecho hacer un estudio de las pruebas y sacar la conclusión de si el delito es de los menos graves o no lo es. Pero esta facultad la tiene el Juez, aun en los casos en que los Jueces de conciencia no hayan hecho agregación de ninguna naturaleza, pero cuando la agregación viene a colocar el delito en un caso especial, como en el caso que nos ocupamos, entonces el Juez no tiene la facultad de que habla el inciso 2º del artículo 602 del Código Penal.

"Procurar hacer diferenciación entre las palabras del artículo 587 del Código Penal, en su inciso 7º, con lo dispuesto por el inciso 1º del artículo 602 del mismo, es querer llevar a los Jueces de conciencia a que invadan el campo de los Jueces de derecho, y ni aun en este caso, porque es bien sabido que en nuestro Derecho no existen palabras sacramentales, y muchísimo menos pueden existir cuando se trata de Jueces de hecho, los cuales fallan únicamente de acuerdo con su conciencia, y nada más."

Agrega que se abstiene de demostrar "que en el expediente existe en realidad de verdad la prueba que ha de servir de base para la aplicación de la disposición contenida en el inciso 1º del artículo 602 del Código Penal, porque ese estudio de pruebas no tiene razón de ser, desde luégo que los Jueces de derecho tienen necesariamente que ceñirse a los términos del veredicto, el cual colocó la responsabilidad del acusado en el mencionado inciso 1º del artículo 602."

Se considera:

Se advierte en primer término que el recurrente olvidó estudiar las diferencias que existan entre el caso que contempla el numeral 7º del artículo 587 y el contenido en el inciso 1º del artículo 602, con el fin de deducir las respectivas consecuencias jurídicas; pues el primero se refiere al responsable de homicidio voluntario "por causa de una riña provocada por el que murió....", y el segundo caso, o sea el del inciso 1º del artículo 602, se refiere al responsable de homicidio voluntario, que lo cometa "en riña promovida por el que murió...."

El condenado estima que es esta última la disposición aplicable, pero sin tomarse el trabajo, ni tener el cuidado de analizar la primera citada, y que corresponde precisamente a los términos en que está redactado el veredicto.

Aun aceptando en gracia de discusión, que al comparar esas dos disposiciones no se encontrare una diferencia fundamental entre las expresiones **provocar** y **promover**, de suerte que en caso de duda hubiera de estarse a lo más favorable, es decir, que en el presente caso de preferencia se imponía la aplicación de la pena atenuada que contiene el inciso 1º del artículo 602, tal conclusión sería acertada, si estuvieran reunidas las demás condiciones que exige esta disposición de carácter especial. Y esas condiciones no se han cumplido, pues falta una de ellas, la principal: no basta que la riña haya sido promovida por el que murió, sino que es necesario que en la acción delictuosa "no haya habido traición o alevosía por parte del homicida." El proceso da cuenta, con testimonios imparciales y dignos del mayor crédito y fe, que Goyeneche atacó con puñal a Monsalve, cuando éste no esperaba semejante ataque, cuando se encontraba inerme y en actitud pacífica. El Juez de la causa sintetiza en el siguiente párrafo del auto de proceder la historia verídica de los acontecimientos:

"Bajaba el occiso Jerónimo Monsalve acompañado de Manuel González, de su esposa Refugio Salazar y de Marco Tulio Fonseca, por una de las calles de La Paz. Se encontraron con el acusado Goyeneche, y ante unas palabras que aquél dirigió a éste, éste lo prendió y cayeron al suelo prendidos. Allí, en ese estado, ayudó a pegarle José María Abril al occiso Monsalve. Abril mismo levantó a su amigo de encima de Monsalve, quién viéndose libre ya, se levantó del suelo y se recargó solo contra la pared de la calle. Mientras tanto Goyeneche se zafó de las manos de Abril, se dirigió a donde estaba quieto y pacífico Monsalve, y le propinó la tremenda puñalada que acabó con su vida."

Por lo mismo que estas disposiciones de carácter especial, como la del 602, establecen una penalidad excepcionalmente atenuada, es necesario que concurran todas las circunstancias que ellas exigen para que su aplicación sea correcta. Y así, en un caso como el actual, dada la forma como está redactado el veredicto, es una obligación para el Juez de derecho estudiar las pruebas del proceso, con el fin de interpretar el veredicto en la forma que mejor consulte los intereses de la justicia.

Si el veredicto estuviera concebido en términos que correspondieran a lo que prevé el inciso 1º del artículo 602, como lo pretende el recurrente, aunque sin intentar demostración alguna, no hay duda que ese estudio sobre pruebas, no tratándose, como no se trata, de la declaración de injusticia notoria, sería inoportuno e innecesario, pues aun cuando del examen de esas pruebas pudiera resultar comprobada otra cosa, el veredicto habría que aceptarlo en toda su integridad y alcance. Mas como no es esa la situación que aquí se contempla, puesto que el veredicto no da margen para imponer al responsable la penalidad atenuada de que trata ese artículo, se imponía la necesidad de saber si entre las disposiciones generales que sancionan los homicidios voluntarios, existía alguna que correspondiera en su fondo y aun en su forma a los hechos, tales como fueron declarados por los Jueces de conciencia, y entre ellas está precisamente el ordinal 7º del artículo 587, mencionado atrás, que contiene hasta las mismas expresiones que emplearon los Jurados al contestar el interrogatorio, o sea que Goyeneche era responsable de un homicidio voluntario, "por causa de una riña provocada por el que murió."

El reo de homicidio simplemente voluntario, dice el artículo 600 del Código Penal, sufrirá la pena de seis a doce años de presidio, menos en los casos previstos en alguna disposición especial. Es así que no se trata de uno de esos casos especiales, luego este artículo estuvo debidamente aplicado por los Jueces de instancia.

La tercera causal, o sea el no estar la sentencia de acuerdo con el veredicto, la funda el recurrente diciendo que el Tribunal "violó también el artículo 324 de la Ley 57 de 1887 y el artículo 49 de la Ley 169 de 1896, pues tales disposiciones mandan que el Juez de derecho o Tribunal deben dictar su sentencia de conformidad con el veredicto, o mejor con la contestación dada por los Jueces de conciencia, cosa que no se hizo, porque, como se ha visto, se prescindió de la agregación hecha por el Jurado."

Cita en seguida una doctrina de la Corte, según la cual ".... si la modificación que el Jurado introduce o añade a su veredicto en casos tales, envuelve una cuestión de hecho, y corresponde a una determinada previsión legislativa, resultaría más grave, y establecería un precedente contrario a la naturaleza de la institución, el admitir que el Juez y los Tribunales de derecho pudieran prescindir de esta modificación o circunstancia, incorporada en el veredicto, conforme a la autorización que consagra el artículo 48 de la Ley 100 de 1892. Tal sucede en el presente caso."

Lo que ya se contestó en relación con la primera causal, sirve igualmente para ésta, pues los fundamentos que se hacen valer para sostenerla, son en el fondo los mismos.

La doctrina de la Corte que el recurrente invoca viene a justificar la conclusión a que llegó tanto el Juez como el Tribunal; pues las modificaciones que el Jurado añadió a su contestación afirmativa, corresponden a una determinada previsión legislativa, es decir, a lo que establece el ordinal 7º del artículo 587; de suerte que no se ha prescindido arbitrariamente de esa agregación o modificación, sino que se la ha tenido muy en cuenta al buscar el precepto legislativo sancionador del delito cometido en esas condiciones.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Al Jurado de calificación reunido para decidir sobre la responsabilidad de Carlos Julio Orozco, enjuiciado por el delito de circulación de billetes falsos del Banco de la República, le sometió el Juez Superior de Cúcuta el siguiente cuestionario, que fue contestado afirmativamente y sin modificación alguna:

"¿El acusado Carlos Julio Orozco es responsable, previo conocimiento de que cometía delito, según los cargos que le resultan de este juicio, de haber puesto en circulación billetes falsificados de a cinco pesos del Banco de la República, lo que tuvo lugar en el Municipio de Salazar, durante el curso del año de mil novecientos veintiséis y primeros siete meses de mil novecientos veintisiete?"

El Jurado contestó: **"Sí es responsable."**

En desarrollo del anterior veredicto, el Juez de la causa condenó a Orozco a la pena principal de seis años de presidio, y a pagarle a la Nación una multa equivalente "a la décima parte de sus bienes," y a las penas accesorias correspondientes; lo cual fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, con fecha enero veintidós del presente año.

Contra este último fallo interpuso casación el defensor del condenado, y como el memorial respectivo reúne los requisitos legales, se procede a estudiar el recurso en el fondo, advirtiendo, como se advierte, que fue ese el único alegato presentado para sustentarlo.

Se invoca la causal primera de casación, la cual funda el recurrente en los siguientes términos:

"El veredicto del Jurado fue afirmativo en cuanto se declara responsable a Orozco de haber puesto en circulación **a sabiendas,** billetes falsificados de la citada entidad bancaria.

"Ello no obstante, el proceso, el auto de enjuiciamiento y el veredicto no tienen pruebas atendibles ni medianas que respalden el cargo de haber dado a la circulación **a sabiendas,** billetes falsificados del Banco de la República.

"En la primera época en que se concedía el recurso de casación en los juicios criminales, establecía la segunda parte del artículo 154 de la Ley 40 de 1907, que el veredicto condenatorio del Jurado formaba plena prueba sobre los hechos, y a él debía atenerse la Corte para desechar la primera causal idéntica a la alegada aquí, pero hoy no existe esa prevención, y, por consiguiente, el Tribunal ni la Corte pueden acoger la decisión del **Jure** como prueba indiscutible de los hechos imputados. Se necesita plena prueba de tales hechos, mayormente cuando se trata del cuerpo del delito.

"De ahí que si no aparece plenamente establecido el **corpus delicti,** base del juicio criminal, debe declararse la irresponsabilidad del procesado, casando ahora la sentencia.

"Exige el ordinal 2° del artículo 315 del Código Penal, que es la disposición aplicada a Orozco, que se expendan o se hagan circular monedas falsas, **a sabiendas.**

"Esta circunstancia de **a sabiendas,** exigida por la ley sustantiva como elemento intrínseco del delito, constituye un **dolus especialis,** que debe comprobarse plenamente para que haya cuerpo del delito, como así lo declara perentoriamente el artículo 2025 del Código Judicial. La Corte es del mismo concepto, como puede consultarse en el tomo III de su **Jurisprudencia,** bajo los números 277, 281 y 2063. Ni en la parte informativa, ni durante el plenario, aparece la prueba de ese dolo especial, distinto del dolo general, que se presume en toda violación de la ley, consistente en haber dado Orozco a la circulación billetes falsos **a sabiendas** de que eran falsos, y de que cometía una infracción penal.

"Esa prueba brilla por su ausencia, y de ahí la mala interpretación y la mala aplicación de los artículos 315 del Código Penal y 2025 del Código Judicial, y que se dejara de aplicar, siendo aplicable, en favor de Orozco, el artículo 1656 del Código Judicial, que requiere la existencia de prueba plena sobre el hecho punible, para que pueda dictarse sentencia condenatoria contra un procesado, habiendo debido dictar el Tribunal sentencia absolutoria, en consonancia con dicha disposición sustantiva. La sola existencia de billetes o monedas falsas en poder de una persona, no constituye delito."

Se considera:

La cita que hace el recurrente del artículo 1656 del Código Judicial, parece indicar que sostiene que tanto el juzgador de derecho como el de hecho están sometidos a unas mismas reglas en materia de prueba. Más es lo cierto que nuestra legislación establece un criterio distinto para esas dos clases de juzgadores. El de derecho está sometido a tarifa legal de pruebas en sus apreciaciones, y, por lo tanto, tiene él que dar estricto cumplimiento a lo que previene el mencionado artículo 1656, según el cual, "para condenar es necesario que haya prueba plena o completa de la existencia de un hecho punible por la ley, y de la criminalidad o culpabilidad del procesado."

Al paso que respecto de los Jueces de hecho establece el artículo 304 de la Ley 57 de 1887 lo siguiente:

"La ley no pide cuenta a los Jurados de los medios por los cuales llegan a adquirir el convencimiento; ni les prescribe reglas de que deban deducir la plenitud y la suficiencia de las pruebas; les ordena sólo interrogarse a sí mismos en el silencio y en el recogimiento, e investigar la sinceridad de su conciencia, qué impresión han hecho en su espíritu las pruebas creadas contra el acusado y las producidas en defensa de éste. La ley no dice a los Jurados: vosotros tendréis por verdadero todo hecho atestiguado por tantos o cuantos testigos. Tampoco les dice: vosotros no miraréis como bien establecidas las pruebas que no resulten de tal averiguación, de tales piezas o de tantos o de tales indicios. Unicamente les hace esta pregunta, que encierra toda la medida de sus deberes: ¿Tenéis vosotros una convicción íntima acerca de los hechos sobre los cuales se os interroga?"

Si se tiene en cuenta que fue el Jurado quien declaró la responsabilidad de Orozco en la forma ya conocida, la transcripción del artículo anterior sería suficiente para hacer ver lo infundadas que resultan las alegaciones del recurrente, tal como lo ha presentado.

Mas admitiendo que lo relativo al cuerpo del delito es hasta cierto punto una cuestión de derecho, que debe

quedar plenamente establecida desde cuando se dicta el auto de proceder, acerca de la cual no decide propiamente el Jurado, porque su principal intervención se dirige a la declaratoria del elemento responsabilidad, y aceptando que lo relativo a ese cuerpo del delito puede ser materia de examen en la casación, no obstante el veredicto condenatorio que haya pronunciado el Jurado, es necesario examinar si el alegato del recurrente contiene base suficiente para un estudio en ese sentido.

El memorial o alegato del recurrente, que se transcribió íntegramente para poder apreciarlo en todo su valor, sólo se limita a sostener que ni en el informativo, ni en el plenario aparece la prueba del elemento **a sabiendas,** "del dolo especial, distinto del dolo general que se presume en toda violación de la ley." Es muy fácil hacer afirmaciones sin tomarse el trabajo de acompañar la respectiva demostración; en las instancias puede ser suficiente ese procedimiento, y no obstante, el Juez de derecho está en la obligación de entrar en el estudio oficioso del proceso con el fin de contestar al interesado. Mas en la casación, que no constituye una tercera instancia, el recurrente debe en alguna forma hacer los exámenes, análisis y estudios de los motivos de tacha que alegue contra la sentencia del Tribunal. En el presente caso, desde el auto de proceder se hizo un estudio pormenorizado de las distintas pruebas y elementos que se tuvieron en cuenta para deducirle a Orozco el cargo de circulador de billetes falsos del Banco de la República; en esas pruebas y elementos, sobre los cuales ha guardado silencio el recurrente, claramente se especifica cómo y porqué está comprobado el cuerpo del delito. Esto solo bastaría para concluír que por este otro aspecto tampoco puede prosperar la casación.

Sin embargo, con el objeto de hacer ver con la mayor claridad lo infundado de las pretensiones del recurrente, se transcribe a continuación una parte de las consideraciones que trae la sentencia del Tribunal, en relación no sólo con la comprobación del cuerpo del delito, sino también de la responsabilidad de Orozco en el delito de que se trata; bases, fundamentos o consideraciones que el recurrente olvidó examinar y estudiar, se repite, limitando su tarea a simples afirmaciones, como ya se vio.

Dice el Tribunal:

"También debe aceptarse sin reparo alguno el veredicto del Jurado, en cuanto declaró a Orozco como responsable del delito de circulador de billetes falsos del Banco de la República, de valor de cinco pesos; ni en el Jurado ni en el curso del juicio se produjo prueba alguna que desvaneciera los cargos que le fueron resultando en contra de este procesado desde la iniciación de este negocio; el Jurado, para condenar a Orozco, bien pudo fundarse en las siguientes pruebas e indicios del informativo, analizadas así en otra ocasión por este Tribunal:

"..... sospechoso Orozco de ser autor en Salazar de tal delito, sindicado en este sumario de comprarle a Vega a menos precio billetes falsos, en términos que desde Cúcuta se mandó uno de los investigadores a requisarlo, se le encuentran por el funcionario, en una ronda hábilmente practicada, en la caja de hierro del establecimiento comercial, ciento trece billetes de a cinco pesos falsos; claro es que este hallazgo, en tales condiciones obtenido, es un grave indicio en contra de Orozco, y no es, como se ha interpretado, una prueba más de la inocencia de Orozco, alegándose que el hecho mismo de tenerlos, probado que no los había dado a la circulación, lógica ésta por demás absurda, aplicable a la apreciación de tal indicio; otro indicio no menos grave y concluyente para demostrar la responsabilidad de Orozco, se deduce de los términos en que está concebida su declaración indagatoria, o sea de la manera como intentó justificar el recibo de los billetes falsos; sostiene Orozco que en un año o año y medio, antes de mil novecientos veintisiete, llegó Vega al establecimiento comercial que Orozco tenía en Salazar, y le dijo que tenía que hablar reservadamente con él; Orozco invitó a Vega a un corredor, y Vega le dijo que ahí nó, que más adentro, porque tenía que hablarle a solas; en el sitio apartado que buscaron, le propuso Vega que le cambiara oro americano por billetes de a cinco pesos, con el veinte por ciento de premio a favor de Orozco; este misterio para un negocio lícito, como es la compra y venta de oro americano, ni el veinte por ciento de descuento ofrecido pusieron en guardia a Orozco, veterano comerciante al por mayor; pero el negocio que realizaron fue más curioso todavía: Vega le entrega seiscientos pesos en billetes de a cinco y un billete de ñapa, y Orozco le da en cambio quinientos pesos, así: doscientos cincuenta en oro americano y doscientos cincuenta en giros por moneda corriente, a tres días vista, uno por cien pesos, y a quince días vista, otro por ciento cincuenta pesos, giros que en efecto le fueron pagados a Vega en moneda corriente; aceptemos que Orozco entendiera que Vega iba desde Cúcuta a Salazar a darle trescientos pesos moneda corriente, por doscientos cincuenta pesos en oro americano; pero que Orozco le diera a Vega doscientos cincuenta pesos moneda corriente en giros a plazos, por trescientos pesos que Vega le entregaba al contado, en moneda corriente también, es algo que no puede aceptarse.

"'Además, de ciento veintiún billetes, ya Orozco no conservaba sino ciento trece, lo que indica que los ocho restantes los había dado a la circulación, y no como dice Orozco, que los hubiera botado por habérseles pegado y dañado; pues esto contradice la razón que da para justificar la existencia en su caja de la cantidad falsificada, pues si era con el objeto de reclamarle a Vega el engaño, necesariamente debía haber guardado toda la suma, en especial los billetes cuya falsedad aparecía más manifiesta. También se dijo ya en este expediente: ¿cómo se explica que el señor Orozco permaneciera callado durante año o año y medio sin denunciar a Vega, y cómo se resignó el señor Orozco a perder calladamente sus quinientos pesos, sin el más mínimo intento de procurar el castigo de su defraudador? Se ha dicho que Orozco dio orden a Soler & Orozco para que no pagara uno de los giros a favor de Vega, en vista de que había notado la falsedad de los billetes; pero, sin duda, el señor Orozco hizo el reclamo porque encontró los billetes pegados y se rompían al despegarlos, es decir, porque comprendió, no que fueran falsos, lo que es seguro que sabía desde que los compró a menos precio, sino porque se dio cuenta de que era una malísima falsificación, muy difícil de hacerla circular. A esto se agrega, según declaraciones de Miguel Bruno, Alejo Escalante, Hermógenes Ramírez, Ascención Mogollón, Lucas Salazar, Ismael Gómez e Isabel Díaz de Pedraza, que Orozco, en alguno de los primeros meses de mil novecientos veintiséis, les dio a cada uno de los expresados declarantes billetes falsos, de valor de cinco pesos, muchos de los cuales fueron examinados por peritos; algunos de ellos los dio el propio Orozco, pero de todos modos salieron de su establecimiento comercial....

"Es verdad que en la audiencia pública Orozco dijo que los billetes falsos los había obtenido de un sujeto

para él desconocido, quien se los había dado en pago de unas bestias y de un giro; pero este nuevo relato, en contra de lo que había asegurado antes, es una contradicción, que lejos de disculparlo, lo compromete más como hombre de embustes; sin duda, Orozco se retractó de lo dicho anteriormente, porque esa primera versión, como ya se vio, era absurda e inverosímil, y lo comprometía sobremanera."

El señor Procurador, en su concepto, después de hacer un detenido e importante estudio sobre el delito de falsificación y circulación de billetes falsos del Banco de la República, en relación con las disposiciones vigentes sobre punibilidad de esos hechos delictuosos, estima que la disposición aplicable no fue la que tuvieron en cuenta los Jueces de instancia, o sea el artículo 315 del Código Penal, sino el 343 de la misma obra, y que en tal sentido debe infirmarse la sentencia recurrida. La Corte no puede ocuparse oficiosamente de esta cuestión, porque la sentencia del Tribunal no ha sido atacada por ese aspecto, sobre ella no trata para nada el alegato de casación, el cual se copió textualmente atrás; y por no constituir la casación una tercera instancia, como lo anota el mismo señor Procurador en su exposición.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, trece de agosto de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

El Jurado que intervino en la presente causa, abierta el veintidós de mayo de mil novecientos treinta, por auto del Juez 1º Superior de San Gil, profirió su veredicto en los siguientes términos:

"¿El acusado Francisco Antonio Gómez es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente a Jesús María Gutiérrez, por medio de una herida causada con arma de fuego (revólver), cuyo proyectil interesó ambos pulmones, las arterias pulmonares y el bronquio izquierdo, acontecimiento consumado en la cantina denominada **Moravia**, de la población de Barrancabermeja, como a las diez de la noche del cinco de marzo del corriente año?"

El Jurado contestó: "Sí."

Por sentencia del diez de diciembre del mismo año de mil novecientos treinta, el Juez Superior condenó al procesado a la pena de siete años de presidio y sus accesorias, como responsable del delito de homicidio materia del juicio, previa calificación de la delincuencia en tercer grado, pero con el aumento discrecional de una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena, con aplicación del artículo 600 del Código Penal y el 124 de allí. Este fallo lo confirmó el Tribunal Superior en su sentencia del veintiséis de febrero último, contra la cual, en tiempo oportuno y en escrito que es admisible para estudio de fondo, interpuso el procesado recurso de casación, invocando la causal primera, artículo 3º, Ley 78 de 1923.

Para sustentarla dice el recurrente que debió aplicarse al caso de autos el artículo 602 en lugar del 600 del Código Penal, siendo así que conforme a claras probanzas del proceso el hecho se consumó mediante una riña "y previa (sic) ofensas, injurias y agresiones de hecho, causadas a mi persona—dice la demanda—por quien resultó victimado en este lamentable acontecimiento, y en el acto mismo del homicidio."

Y agrega:

"El señor Juez a quo, en su fallo condenatorio de primer grado, coloca el homicidio de autos entre los comprendidos en uno de los incisos 1º a 6º del artículo 587 del Código Penal, pero es lo cierto que el hecho corresponde a los del inciso 1º, esto es, que el homicidio se consumó mediante ofensas, injurias y agresiones de hecho proferidas contra mí por parte del occiso, momentos antes del incidente lamentable, como así está constatado en el proceso, con las declaraciones de los testigos hábiles Alfonso Jaramillo (folio 25), Jesús María Ceballos (folio 25 vuelto), Rafael Alzate y Luis Francisco Camacho (folio 31), quienes dan cuenta perfecta y clara de que Jesús María Gutiérrez, en la aciaga noche del cinco de marzo del año próximo pasado, en la cantina de **Moravia**, de la jurisdicción municipal de Barrancabermeja, profirió contra mí las ofensas, injurias y agresiones que dieron por resultado aquel suceso."

En seguida cita las declaraciones de Otilia Uribe y Jesús María Gómez para afirmar que el homicidio se produjo en riña, de la que se considera como provocado; y después de considerar aplicable el artículo 602, concluye diciendo que en todo caso el Tribunal tenía amplia facultad para colocar el delito entre los casos menos graves definidos por el artículo 587, y según el inciso 2º del mismo artículo 602, ya que si el Jurado no adicionó su veredicto con una explicación favorable, el Tribunal bien pudo llegar a reconocer que se trataba de uno de tales casos menos graves de homicidio voluntario.

Para resolver, se considera:

El relato de los hechos, conforme a las declaraciones de Pedro Castrillón y Anatolio Rodríguez (folios 13 y 37), que se conforman en lo sustancial con las rendidas por David Amaya (folio 9), Ramón Manduano (folio 11), Calixto Cisneros (folio 12), y otras que figuran en el informativo, es a saber:

En el barrio **Colombia**, población de Barrancabermeja y en la cantina denominada **Moravia**, a eso de las diez de la noche del cinco de marzo de mil novecientos treinta, se encontraba el agente de policía Francisco Antonio Gómez tomando cerveza en compañía de Otilia Uribe. Poco después Gómez entró en discusión con el dueño del establecimiento en la puerta de la calle, con motivo de haberle quitado días antes un revólver al cantinero, y le preguntaba con insistencia, en forma al parecer amenazante, si se hallaba disgustado por ese hecho. En esos momentos acertó a penetrar a la cantina Jesús María Gutiérrez, pasando por detrás de los interlocutores, y moviendo de su lugar una de las sillas

del servicio, por lo cual el agente Gómez preguntó al recién llegado porqué pasaba por allí. Gutiérrez contestó, comedidamente, que para no causarle molestia, lo que dio lugar a que Gómez lo tratara de **montañero**; y como Gutiérrez lo motejara entonces de republicano, Gómez le dio una bofetada, y en seguida, sacando su revólver lo disparó sobre su víctima por primera vez, sin causarle daño, pero luégo de un segundo intento, en que el arma no dio fuego, con un nuevo disparo le causó una herida a Gutiérrez, y la muerte, que le sobrevino pocos momentos después.

En estos hechos de ninguna manera se descubren circunstancias que atenúen de modo especial la responsabilidad por homicidio voluntario, según el artículo 602 del Código Penal; y antes bien, se nota allí que muy probablemente por la influencia del alcohol se reveló en el victimario el impulso criminal que lo condujo a quitar la vida a un sujeto que no lo estaba ofendiendo ni aún levemente, y que procuró no verse envuelto en el lance que le causó la muerte, como se desprende del comedimiento con que contestó la primera interrogación de Gómez. El veredicto del Jurado, concebido en términos de una afirmación categórica de la responsabilidad, no contempla los elementos de hecho a que se refiere el artículo 602, en su inciso 1º, para atenuar la que corresponde al homicidio voluntario, y de allí que no sea del caso aplicar tal disposición. Y en cuanto al inciso 2º del mismo artículo, que confiere al juzgador un poder discrecional para atenuar la responsabilidad en algunos de los casos que enumera el artículo 587 del mismo Código, se observa que el expediente no da base razonable para hacer uso de tal arbitrio.

Efectivamente, aun en el supuesto de que hubiera de preferirse el dicho de los testigos que cita la demanda de casación al de los que en mayor número y en circunstancias que los hacen más verosímiles, puesto que dieron fundamento al auto de proceder, sin que fueran infirmadas durante el plenario, aunque llegara a admitirse que mediaran ofensas, injurias o agresiones, y que el homicidio se cometiera en riña, claro resulta que el caso estaría comprendido por el artículo 587 del Código Penal, ordinales 1º a 7º, como homicidio voluntario, sin que de otro lado aparezcan circunstancias (como se verá más adelante), para que la responsabilidad pudiera ser atenuada discrecionalmente, según el artículo 602, en su inciso 2º.

Es cierto que a pesar de la respuesta pura y simplemente afirmativa, recaída al cuestionario propuesto a los Jueces de hecho, cabe el uso del poder discrecional de que se viene hablando, esto es, del consagrado por el inciso 2º del artículo 602; pero comoquiera que se trata de un prudente arbitrio, su ejercicio no es irrestricto, sino que depende y ha de depender en cada caso de circunstancias acreditadas en el proceso, que sirvan de base para hacer uso razonable de aquel arbitrio judicial. Y tales circunstancias no existen en el presente asunto, pues como lo anota el señor Procurador, si se admitiera que hubo riña, habría que considerarla como provocada por el matador, puesto que él fue quien injurió primeramente a la víctima, tildándolo de **montañero**, él quien lo abofeteó, porque le replicara llamándolo republicano (en lo que no se advierte ofensa), y el mismo que empuñando el arma puso fin a la vida de su presunto adversario, de suerte que, en verdad, el homicidio no puede quedar comprendido en uno de los casos de menor gravedad.

Siendo, pues, el veredicto pura y simplemnte afirmativo de la responsabilidad del acusado, no hay lugar a atenuar especialmente el homicidio voluntario según el inciso 1º, artículo 602 del Código Penal, y no se justifica hacer uso del poder discrecional que se alega por no existir en el presente caso circunstancias para sustentar el ejercicio de ese arbitrio. Por consiguiente, debe permanecer firme la sentencia recurrida.

Y por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de San Gil contra Francisco A. Gómez, que ha sido materia del presente recurso.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos treinta.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

El señor Juez de Ejecuciones Fiscales, fundado en el reconocimiento que contiene en favor de la Nación el auto de fenecimiento de las cuentas de la Administración Nacional de Hacienda de Sincelejo, correspondientes al año de 1909, y en la escritura número 124, otorgada ante el Notario Público del Circuito de Sincelejo, en la que aparece que para asegurar su manejo en calidad de Administrador de Hacienda, el señor Manuel Madrid Alvis dio como sus fiadores provisionales a los señores Samuel Martelo M. y doctor Antonio Martínez Urzola, en auto de fecha diez y siete de marzo de mil novecientos treinta libró orden de pago por la vía ejecutiva y mediante la jurisdicción coactiva, contra dichos señores, por la suma principal de cinco mil trescientos noventa y cuatro pesos con veintinueve centavos moneda corriente, por los intereses de esta suma, al uno por ciento mensual, a contar desde la fecha en que se causaron hasta su completo pago, y por las costas de la cobranza ejecutiva.

En tiempo hábil y mediante apoderado, el ejecutado Martelo M., provisto de los documentos que juzgó adecuados a su intento, interpuso recurso de revocación de dicha providencia, y en subsidio apeló para ante el superior respectivo; y el señor Juez del conocimiento, en providencia de fecha cinco de septiembre de este año, reformó el auto reclamado "en el sentido de reducir la orden ejecutiva de pago contra Martelo y Urzola, en su condición de fiadores provisionales del responsable principal Madrid Alvis, a la suma de quinientos sesenta y nueve pesos cuarenta centavos ($ 569-40), por principal del alcance, suma sobre la cual deberán liquidarse a los dichos fiadores los intereses a su cargo, desde la fecha y a la

tasa legal expresada en la providencia que se reforma; la cual queda confirmada en todo lo demás." Allí mismo concedió el recurso de apelación que trajo los autos a este Despacho, donde legalmente tramitados con audiencia del señor Procurador General de la Nación y el apoderado recurrente, ha llegado la oportunidad legal de resolver lo que se estima jurídico en orden a las demostraciones que sobre el particular han realizado los interesados en la controversia.

Para fundar su intento, el apoderado de Martelo M. hizo esta exposición de hechos:

"El señor Manuel Madrid Alvis fue nombrado en los últimos meses del año de 1908 Administrador de Hacienda Nacional del Departamento de Sincelejo, y para entrar a desempeñar tal puesto otorgó una fianza provisional para responder de su manejo, la cual constituyeron el señor Samuel Martelo M., en cuyo nombre hablo, y Antonio Martínez Urzola, muerto ya. Posteriormente y dentro del plazo de los noventa días que señalaba el Código Fiscal, coetáneo al nombramiento, el mismo señor Manuel Madrid Alvis y su hermano Juan Madrid Alvis, por medio de la escritura pública número 15, de fecha 8 de febrero de 1909, otorgaron fianza hipotecaria sobre la finca de que habla esta escritura, para asegurar el manejo del primero. En esta última escritura se contiene la cláusula siguiente:

"Que su fiador es el señor Juan Madrid Alvis, que de un modo solidario y mancomunado se compromete, junto y con el exponente, con la general de sus bienes y la finca que hipoteca, no sólo al pago de la suma fianzada, sino al de las que le deduzcan como alcance en su manejo como Administrador Nacional de este Departamento, aunque esas sumas sean superiores a la fianzada, todo de acuerdo con el artículo 1402 del Código Fiscal."

Ahora bien: fundado en estos hechos el interesado en el recurso arguye que siendo la fianza prestada por los señores Martelo M. y Martínez Urzola simplemente provisional, y existiendo la fianza definitiva con la garantía hipotecaria correspondiente, otorgada ésta con las formalidades legales exigidas en su época, no hay derecho para perseguir a los fiadores personales, y por consiguiente, el mandamiento ejecutivo contra ellos debe revocarse, desde luégo que ellos no son deudores, puesto que su responsabilidad, que era provisional, quedó extinguida con la fianza hipotecaria correspondiente.

Por su parte el señor Juez, como respuesta a esta argumentación, dice:

"Aunque esta tesis es muy controvertible, porque de la comparación del artículo 11 citado y del 57 del Decreto ejecutivo 806 de 1905, como también del espíritu de una y otra disposición, se desprende que la exigencia de la fianza hipotecaria se hacía tan sólo para la garantía definitiva del manejo y no para el aseguro provisional del mismo, aseguro este último respecto del cual se han otorgado siempre las mayores facilidades, a fin de no perjudicar, por un exceso de requisitos para la posesión, las más de las veces urgente, de esta clase de empleados, la buena marcha de la administración pública, no es, sin embargo, del caso entrar a dilucidar este problema en el fondo, porque aquella nulidad, no hallándose judicialmente declarada, aun suponiéndola cierta, no afectaría el mandamiento ejecutivo en sí mismo. Es bien sabido, como se deduce en forma clara de las disposiciones legales pertinentes, como también de la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores, que para que un acto o documento traigan aparejada ejecución, sólo requieren, a más de hallarse incluídos en la tarifa legal respectiva, ciertas ritualidades de forma, como son las de hallarse otorgados, escritos y registrados de conformidad con la ley y que de ellos resulte una obligación expresa, clara y exigible de pagar una cantidad líquida de dinero u otra cosa de género, de entregar una especie o cuerpo cierto o de hacer, requisitos todos que se reúnen así en aquella escritura de fianza provisional como en el auto de fenecimiento definitivo en el cual se dedujo el alcance, piezas que conjuntamente han servido de título a la ejecución. Los defectos de fondo que puedan tener el acto o contrato que sirvan de título a un juicio de esta naturaleza, podrían ser materia de otros recursos en la secuela del mismo, pero en nada afectan la legalidad y firmeza de su sentencia inicial."

Aunque es cierto que según los artículos 1096, ordinal 1º, del Código Judicial; 46, ordinal 3º, de la Ley 40 de 1907 y sus relacionados y concordantes, para que un acto o documento traiga aparejada ejecución, además de hallarse incluído en la tarifa legal respectiva, se exigen también ciertas ritualidades de forma como son las de hallarse otorgados, escritos y registrados de conformidad con la ley y que en su fondo, de ellos resulte una obligación expresa, clara y exigible de pagar una cantidad líquida de dinero u otra cosa de género, de entregar una especie o cuerpo cierto o de hacer; también es evidente que para procurar la efectividad de esa misma obligación, lo primero que debe observarse es sobre quién recae en su calidad de sujeto pasivo de la misma y otras condiciones que bien pueden aparecer demostradas en el propio documento básico de la ejecución y cuya carencia u omisión haría ineficaz el juicio ejecutivo.

Tal acontece en el presente caso, en el cual, según la escritura pública número 15, de fecha ocho de febrero de mil novecientos siete, en que se constituyó la fianza hipotecaria, en los términos que aparecen transcritos, los verdaderos obligados son los señores Manuel Madrid Alvis y su hermano Juan Madrid Alvis, quienes garantizaron el manejo de que se trata de una manera definitiva y en toda su comprensión; mientras que los señores Martelo M. y Martínez Urzola, en su calidad de fiadores provisionales, sólo comprometieron su responsabilidad mientras se constituía la garantía definitiva. Y como de los términos de la escritura citada aparece que la garantía se extendió a todas las sumas que se deduzcan como alcance en el manejo como Administrador Nacional de Hacienda del Departamento de Sincelejo, hay que concluír que no es el caso de dividir esa responsabilidad entre todos los fiadores a prorrata del tiempo en que la fianza provisional y la definitiva estuvieron vigentes, tal como lo hace el señor Juez en el auto que se revisa. Conclusión ésta que queda confirmada con la disposición del artículo 1022 del Código Judicial, donde se sienta como regla general que el nombre del deudor, que debe contener el decreto o auto de ejecución "será el que resulte del documento en virtud del cual se dicta el auto."

Con respecto a las otras alegaciones tendientes a demostrar la nulidad de la fianza provisional, lo mismo que la prescripción de las acciones judiciales instauradas contra los ejecutados, puesto que se trata de verdaderas excepciones, estuvo acertado el señor Juez cuando

decidió que ellas no pueden afectar al mandamiento ejecutivo, porque éste se funda en documentos legales que lo autorizan, y tales remedios tienen su oportunidad, también legal, para usarse dentro del procedimiento.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el señor Procurador General de la Nación, reforma el auto de fecha diez y siete de marzo de mil novecientos treinta, en el sentido de excluír del mandamiento de pago por la vía ejecutiva a los señores Samuel Martelo M. y Antonio Martínez Urzola, declarando que su responsabilidad no está comprometida respecto del manejo del señor Manuel Madrid Alvis, en su carácter de Administrador de Hacienda Nacional del Departamento de Sincelejo; y confirma aquel auto en todo lo demás.

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

JULIO LUZARDO FORTOUL — **Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero veintitrés de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

Se procede a efectuar la reconsideración que se solicita del auto de fecha trece de noviembre último, confirmatorio del proferido con fecha doce de julio del año próximo pasado por el Tribunal Superior de Manizales, auto éste último que declaró no existir la nulidad por incompetencia de jurisdicción alegada por la parte ejecutada y decidió no ser admisible la articulación de pago propuesta por la misma parte.

Insiste el reclamante en sostener que los Administradores de Hacienda Nacional sólo tienen jurisdicción para el cobro de los créditos a favor del Tesoro que provengan de rentas o contribuciones, y para sostener su punto de vista invoca el auto dictado por esta Sala con fecha veinticinco de mayo de mil novecientos veintiséis, relativo a la jurisdicción de los Recaudadores de Rentas Departamentales. Mas como aquí no se trata de Recaudador de Rentas Departamentales, sino de un Administrador de Hacienda Nacional, cuya jurisdicción se rige por disposiciones diversas de las que regulan la competencia de los Recaudadores de Rentas Departamentales, el antecedente citado por el peticionario en nada favorece sus puntos de vista.

Invoca también el reclamante otras resoluciones dictadas por la Sala con anterioridad a la vigencia del artículo 5º de la Ley 68 de 1923, disposición ésta que es la que regula actualmente la jurisdicción de los Administradores de Hacienda Nacional, y por tanto, tampoco pueden esas disposiciones servir de apoyo a las aspiraciones del memorialista.

Finalmente, cabe observar que aun dentro de la tesis del reclamante, el Administrador de Hacienda Nacional de Manizales sí tendría jurisdicción para el seguimiento de la presente ejecución, por provenir la deuda que se trata de hacer efectiva de derechos de importación, o sea de la renta de aduanas.

En orden a las razones que se expresaron en el auto reclamado para negar la admisión de la articulación de pago, dice el peticionario:

"El señor Salazar era Administrador de Hacienda Nacional de Manizales desde antes de dictar el mandamiento ejecutivo, como aparece en el proceso. El mismo señor dictó el auto ejecutivo fundado, entre otras, en las libranzas que aparecen con su firma, en su carácter de Administrador. No se ve en qué otro carácter haya podido firmar esas libranzas, distinto del de Administrador de Hacienda Nacional, único cargo con que aparece en todas sus actuaciones en el asunto. Tampoco se ve con qué objeto estampó esas firmas, si no fue como atestación del pago de las respectivas sumas, siendo, como era, el representante del acreedor. Y es extraño que, si las libranzas estaban sin cancelar, no hubiera constancia de la deuda en los libros de la Administración, que el mismo Salazar entregó a su sucesor, como éste lo certifica."

Se observa:

Es verdad que de autos aparece que el señor Manuel A. Salazar tenía el carácter de Administrador de Hacienda Nacional de Manizales desde antes de librar el mandamiento ejecutivo, pero de allí no se deduce que esté demostrado que tenía el expresado carácter a tiempo de estampar su firma en las libranzas que sirven de título ejecutivo. La circunstancia de que el nombrado señor Salazar hubiera dictado el mandamiento ejecutivo hace presumir en verdad la autenticidad de las firmas que aparecen puestas por él en algunas de las libranzas. Mas no obstante esto, todavía queda en pie la circunstancia de no estar acreditado que tales firmas fueran estampadas en las libranzas como comprobante del pago de ellas y la de no explicarse satisfactoriamente por qué razón, si las indicadas libranzas fueron cubiertas por los ejecutados, no las recogieron éstos al efectuar el pago.

En suma, el simple hecho de aparecer la firma del señor Manuel A. Salazar en algunas libranzas, no puede estimarse como comprobante del pago de éstas, tanto más cuanto que obran en autos cuatro circunstancias demostrativas de que tal pago no se efectuó, cuales son la de no haber sido recogidas las libranzas; la de no aparecer constancia del pago en los libros de la Administración de Hacienda, según se deduce del certificado expedido por el jefe de esa oficina, con fecha dos de agosto de mil novecientos veintinueve; la de no haber obtenido el recibo correspondiente quienes alegan haber efectuado el pago; y la de haber librado la ejecución el mismo señor Salazar, que aparece firmando las libranzas, lo cual hace ver que éste no estampó su firma en ellas como comprobante de pago.

La alegación que hace el reclamante de no existir constancia de la deuda en los libros de la Administración de Hacienda de Manizales a tiempo que tales libros fueron entregados por el ex-Administrador señor Salazar a su sucesor, carece de exactitud, por cuanto lo que aparece del certificado del nuevo Administrador señor Rafael Mejía D. (folios 1 y 2 del cuaderno número 7), es que no figura en los libros determinación de las libranzas por sus números de orden, mas sí consta el recibo de

ellas por el nuevo Administrador, pues la expresada certificación reza lo siguiente:

"Que en el inventario formado de los libros, expedientes y enseres de la oficina, por el cual recibió el suscrito la Administración, consta la siguiente entrega:

'Copia del juicio ejecutivo contra Justiniano Londoño y Enrique Valencia, por valor de 39 libranzas de Aduana, cuyo juicio principal está en la Corte Suprema de Justicia, por la suma de $ 11,927-25.'....."

Entre las 39 libranzas por valor de $ 11,927-25, a que se refiere este asiento del inventario, están comprendidas las que aparecen con la firma del señor Manuel A. Salazar, a que alude la articulación de pago que se considera, como aparece de modo inequívoco en el expediente.

En razón de lo dicho, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a la revocación pedida.

Cópiese y notifíquese esta resolución, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase el proceso.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

,

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

En el juicio ejecutivo que sigue el Juzgado Ejecutor del Departamento de Boyacá contra el señor Francisco Antonio Rodríguez y la finca de **El Salvial,** hipotecada por éste para garantía de la deuda, el ejecutado propuso las excepciones de falsedad del documento que sirvió de título ejecutivo, pago efectivo y error de cuenta.

El funcionario expresado, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1097 del Código Judicial, remitió el expediente al Tribunal Superior de Tunja, quien, previa la tramitación correspondiente, pronunció la sentencia de fecha veintinueve de julio de mil novecientos veintinueve, que concluye así:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de pago a la renta de degüello, de la suma de seiscientos noventa y tres pesos ($ 693), la cual debe descontarse junto con sus intereses del total de la presente ejecución.

"El Tribunal advierte que esta suma y sus intereses pertenecen a la renta de licores.

"Adelántese la ejecución por el resto de la deuda."

Como de dicho fallo se concedió apelación a la parte ejecutada y se ha surtido en la Corte la tramitación propia del recurso, se procede a decidir lo pertinente.

Según se vio atrás, el Tribunal solamente falló la excepción de pago, y aunque en orden a las otras dos hizo algunas consideraciones en la parte motiva de la sentencia, guardó silencio respecto de ellas en la parte resolutiva.

Si la excepción decidida destruyera totalmente la deuda materia del juicio, el Tribunal habría procedido correctamente en omitir el fallo de las restantes, por ser ello innecesario, pero como la destruye solamente de modo parcial, o sea relativamente a la suma de seiscientos noventa y tres pesos, no puede prescindirse de las otras excepciones, una de las cuales puede destruírla totalmente.

La sentencia, pues, es incompleta porque no falla todos los puntos que deben ser materia de ella, y la Corte no puede complementarla porque pretermitiría la primera instancia, respecto de los puntos omitidos.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia materia de la apelación para el sólo efecto de que el Tribunal **a quo** dicte una sentencia no deficiente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase el proceso.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

,

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo catorce de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

Ante el Tribunal Superior de Santa Marta y por libelo de diez y seis de octubre de mil novecientos veintiséis, demandó la Nación por medio de apoderado a la sucesión del señor Roberto A. Guerrero, representada por su hermano señor Carlos Guerrero, en su carácter de albacea testamentario con tenencia de bienes, y por los hijos naturales de dicho finado, Ana María y Fernando Antonio Guerrero, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se hicieran estas dos declaraciones:

"Que es nula, de nulidad absoluta, la adjudicación de baldíos que hizo el Gobierno Nacional por medio de su Ministerio de Hacienda, el 15 de diciembre de 1914, al señor Roberto A. Guerrero, vecino de Santa Marta, de un lote de terreno de 2,010 hectáreas, por linderos de que luégo se hablará, denominado **Los Playoncitos,** situados al sudeste de la población de Aracataca, del Departamento del Magdalena, por causa de que esa adjudicación se hizo contraviniendo a disposiciones legales que regían en materia de baldíos.

"Que a virtud de esa declaración de nulidad absoluta, declare que dicho lote de terreno por sus linderos determinados, pase a poder de la Nación a quien pertenece en su calidad de baldíos, con las mejoras y demás enseres correspondientes, dentro del término fijado por la ley."

Los fundamentos de hecho de la demanda se consignaron en seis ordinales de cuyo contenido no es preciso hacer relación por lo que adelante se verá.

Contestada la demanda y surtidos los demás trámites propios de la primera instancia, vino a ponerle término a ésta la sentencia de fecha veintiuno de julio del año último, que concluyó absolviendo al demandado de los cargos que en el juicio se le habían deducido.

En dicho fallo se dispuso que en caso de no ser él apelado, se consultara con esta Superioridad; y como ninguna de las partes interpuso recurso alguno, han sido enviados los autos a esta Sala para los efectos de la consulta.

Habiéndose dado al negocio el curso que le asigna la ley y estando ya citadas las partes para sentencia, se procede a dictar la que en derecho corresponde.

El artículo 35 de la Ley 100 de 1892 establece:

"La Nación, los Departamentos y los Municipios no podrán ser nunca condenados en costas, y las sentencias que se dicten contra tales entidades, se consultarán, si no fueren apeladas por parte legítima."

Esta disposición fue reformada por la del artículo 30 de la Ley 169 de 1896, cuyo tenor es como sigue:

"Las sentencias en las cuales se declare alguna obligación a cargo de la Nación, los Departamentos o los Municipios, serán siempre consultadas con el superior."

Conforme a la primera de las disposiciones preinsertas, toda sentencia que se pronunciara contra la Nación, un Departamento o un Municipio, estaba sujeta a consulta; pero la segunda de dichas disposiciones introdujo la reforma de hacer consultables solamente los fallos en que se declare una obligación a cargo de alguna de aquellas entidades. Según esto, la sentencia de que aquí se trata no está sujeta a consulta, por cuanto en ella no se le impone obligación de ninguna especie a la Nación, sino que tan sólo se absuelve a la parte demandada de los cargos de la demanda.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se abstiene de resolver la consulta que se le hace.

Cópiese y notifíquese este fallo, insértese en el órgano de la Corte y devuélvase el proceso.

LUIS F. ROSALES—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo diez y seis de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis F. Rosales).

Vistos:

El Recaudador de Hacienda Nacional de Tatamá, haciendo uso de la jurisdicción coactiva, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el señor Eladio Cortés, por la cantidad de cien pesos oro y los intereses al uno y medio por ciento (1½ por 100) mensual, durante la mora, a partir de la notificación de dicho auto, como valor de la multa que le fue impuesta por el señor Juez del Circuito del mismo lugar, por auto de fecha nueve de junio de mil novecientos treinta, por no haber presentado a su fiado de cárcel segura, señor Ezequiel Vélez o Vera, para lo cual había prestado la respectiva diligencia de fianza.

Notificado de esta providencia por el señor Recaudador de Hacienda nombrado, el ejecutado Cortés apeló de ella y, concedido que le fue el recurso, han subido los autos a esta Sala de la Corte, en donde, previos los trámites correspondientes, se procede a decidir lo que sea legal.

El señor Procurador General de la Nación, en su vista de fondo, conceptúa que "antes de entrar a revisar el mandamiento ejecutivo, debe la Corte devolver el expediente al Recaudador de Hacienda Nacional de Santuario (Tatamá debió decir), para que haga reponer la diligencia de notificación del auto ejecutivo en la forma indicada, es decir, obligando al ejecutado a que presente bienes para el pago, ya que dijo que los tenía, o denunciándolos el ejecutor y embargándolos."

A esto se observa: como esta clase de apelaciones se conceden en el efecto devolutivo, el volver los autos a dicha oficina sería una dilación inoficiosa, máxime si se tiene en cuenta que sobre la copia del expediente debe surtirse la diligencia que se echa de menos, y en nada afecta el procedimiento el hecho de que el denuncio y consiguiente embargo de bienes no se hubiera realizado desde entonces, porque con la copia de lo pertinente del juicio se sigue la ejecución hasta ponerla en estado de sentencia de pregón y remate (artículo 1025 del Código Judicial). Además, como el efecto de toda notificación es hacer saber a las partes la providencia que dicta el Juzgado, bien ha podido el ejecutado abstenerse de denunciar sus bienes, y, para el caso que se contempla, el Juez no podía hacer uso de medios coercitivos para obligarlo a que los confesara, sino que la ley le deja la vía expedita y clara para hacer el consiguiente denuncio cuando el ejecutado se niega a ello.

Ahora, el documento que ha servido de base a la acción es perfectamente legal, porque para dictar ejecución por jurisdicción coactiva de lo que alguno deba al Tesoro Nacional por multas, bastan las copias de los decretos que en ejercicio de sus funciones expidan los funcionarios imponiendo multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, de acuerdo con el ordinal 3° del artículo 1097 del Código Judicial, y estos documentos obran con todo su rigor en la foja 3ª del expediente, por lo cual habrá de confirmarse el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes el auto materia del presente recurso.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

LUIS F. ROSALES—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

PRUEBAS JUDICIALES

POR

ENRIQUE A. BECERRA

Importante obra teórica y práctica, en tres tomos. Dirigirse a Gabriel Vallejo P. Corte Suprema de Justicia. Valor de la obra, $ 7-50.

Imprenta Nacional

REPÚBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XXXVIII | Bogotá, junio 20 de 1933. | Número 1877

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos treinta y uno.

Vistos:

En libelo de fecha dos de junio del año en curso, ampliado en memorial de fecha posterior, con fundamento en la disposición del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, el doctor Santiago Rozo E., en ejercicio de la acción popular que aquel artículo consagra, pide a la Corte que, prévia audiencia del señor Procurador General de la Nación, declare inexequible, como violatoria de la Carta Fundamental, la Ley 80 de 1931, "por la cual se aprueba un contrato sobre explotación de petróleo nacional de yacimientos del Norte de Santander," especialmente en su artículo 1º y algunas cláusulas allí mencionadas de dicho contrato; Ley que aparece publicada en el número 21723 del **Diario Oficial,** que debidamente autenticado acompañó a su demanda.

El señor Procurador General, en extensa y meditada exposición, presenta las razones y fundamentos en que se apoya, para concluír "que la inconstitucionalidad de un contrato aprobado por el Congreso, no puede ser declarada por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena," y considera que esta demanda debe ser rechazada por incompetencia de jurisdicción de la Corte para conocer de ella.

Para decidir lo que se estima jurídico, la Corte tiene en cuenta:

El actor afirma la competencia de la Corte, basándose en la atribución contenida en la disposición del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, asegurando que ella depende de la naturaleza misma del contrato, porque si sus cláusulas esenciales violan la Constitución, es lógico deducir que a la Corte le corresponde decidir definitivamente sobre la validez del mismo, por estar o nó ajustada a los preceptos constitucionales la ley que lo aprueba; que la Nación, tanto como persona jurídica de derecho público como persona jurídica de derecho civil, es incapaz para obligarse por medio de contratos que violen las disposiciones constitucionales, y que, por consiguiente, la jurisdicción para anular esa clase de contratos, aprobados por la ley, es privativa de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal especial encargado de la defensa de la integridad de la Carta y de la soberanía del Estado; que la Corte no puede inhibirse de ejercitar tal atribución en este caso, "porque entonces el artículo 41 del Acto legislativo citado sería inútil," y la Corte se desprendería de su más alta facultad de jurisdicción para guardar los preceptos constitucionales, ya que se llegaría al error de que tanto el Poder Ejecutivo como el Congreso pudieran celebrar contratos contrarios a las disposiciones de la Carta Fundamental; y que si la Corte tiene autoridad para conocer de las controversias relativas al cumplimiento de contratos celebrados entre el Gobierno y los particulares, con mayor razón habrá de tenerla para decidir sobre la constitucionalidad de dichos contratos; porque, según ella misma lo ha declarado, "la guarda de la integridad confiada a la Corte por el inciso 1º del Acto legislativo número 3 de 1910, no es simplemente la obligación de sostenerla y defenderla, sino la que le corresponde en su carácter de Supremo Tribunal de Justicia, es decir, aplicarla de preferencia a la ley o de cualquiera otra providencia de la autoridad, caso de incompatibilidad con ella, según lo dispone el artículo de dicho Acto legislativo; y la de declarar la inexequibilidad de las providencias de los altos poderes públicos infractores de la Constitución, a petición de cualquier ciudadano, como lo ordena el inciso 2º del artículo 41....."

De otra parte, hay quienes consideran que como la atribución conferida por el artículo 41 citado se refiere a toda ley, debe la Corte ejercitarla en todo caso, porque, según ellos, la atribución constitucional no establece ninguna distinción respecto de las leyes que aprueban actos o contratos bilaterales contentivos o demostrativos del consentimiento de dos partes que recíprocamente se obligan, bien se trate de entidades de derecho privado o de entidades de derecho público. Y hasta se afirma que las leyes de este último carácter carecen de la condición de tales, porque no reúnen los requisitos de esencia, según la definición del artículo 4º del Código Civil, que dice:

"Ley es una declaración de la voluntad soberana, manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar"; y que no siendo ley la que aprueba un pacto de derecho privado o de derecho público, por esta sola razón debe abstenerse la Corte de decidir acerca de su exequibilidad.

Por la semejanza esencial que existe entre la ley que aprueba un pacto de derecho público internacional y la que reconoce la existencia del consentimiento bilateralmente emitido, respecto de obligaciones de derecho privado, conviene aducir las razones que la Corte tuvo en cuenta con motivo de la acusación por inconstitucionalidad de la Ley 14 de 1914, por la cual se aprobó el Tratado entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América; razones que la autorizaron para inhibirse del conocimiento de aquel negocio, y que literalmente copiadas dicen:

"Se acoge especialmente el autor a lo dispuesto en la segunda parte del inciso 2º, es decir, a la facultad concedida a la Corte para decidir sobre todas las leyes o

decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales; y alega que, dados los términos generales en que está concebida esta disposición, **le compete a la Corte dicidir sobre todas ellas**, sin que pueda argüirse que la ley a que se refiere su acusación es una ley excepcional, y que, por lo tanto, no cae dentro de la atribución citada.

"Aun cuando la ley que aprueba un tratado público esté sometida en su formación a los requisitos ordinarios que presiden la expedición de los actos legislativos comunes, no puede revocarse a duda que, por otros aspectos, difiere sustancialmente de las leyes ordinarias. Estos actos son unilaterales, expresión de la voluntad del soberano que manda, prohibe o permite, y que se cumplen con el sólo requisito de su sanción y promulgación. Aquélla es elemento de un acto jurídico complejo; es la manera como una de las altas partes contratantes manifiesta su consentimiento a las estipulaciones de un pacto sinalagmático internacional; no establece por sí sola relaciones de derecho, y su eficacia depende del consentimiento de la otra nación contratante, si ésta, por su parte, ratifica las cláusulas convenidas por sus negociadores. La ley que aprueba un tratado público tiene pues un carácter especial. El papel del Parlamento, en materia de tratados—dice el ilustre profesor francés Merignhac—no se asemeja al que desempeña en materia legislativa.

"A pesar de que, según se ha dicho antes, la ley viene a ser un elemento necesario del tratado, no por eso puede lógicamente confundirse el pacto con la ley que lo aprueba. Aquél contiene las estipulaciones recíprocas de las partes, los deberes que contrae cada una de ellas y los derechos que adquiere, y no surge a la vida jurídica sino cuando las potestades supremas contratantes lo han ratificado y se han canjeado las ratificaciones. Esta, o sea la ley, es tan sólo el acto en virtud del cual uno de los dos Estados que negocian acepta las cláusulas convenidas, cuando, según sus instituciones, se exige la intervención del Poder Legislativo en la celebración de los tratados públicos.

"Ahora bien: como los fundamentos de la acusación promovida ante esta Corte se encaminan todos a demostrar que existe pugna entre algunas de las cláusulas del Tratado de seis de abril y varias de las disposiciones de nuestra Carta Fundamental, es evidente que la materia sujeta a la decisión de la Corte es el Tratado mismo. Y esta Superioridad no tiene, según la Constitución, facultad ninguna para resolver si han de subsistir o nó las estipulaciones acordadas, porque no es de su incumbencia el conocimiento de los tratados públicos.

"Menos aún podría la Corte declarar la inconstitucionalidad del Tratado, después del canje de las ratificaciones; porque siendo un acuerdo de voluntades entre los dos Estados, no sería dable que uno solo de ellos, aun por medio de su más alto Tribunal, desatase el vínculo contraído, que a tánto equivaldría declarar inconstitucional, y, por lo mismo, sin fuerza obligatoria la ley que lo aprobó.

"Según esto, por más que el artículo 41 del Acto legislativo reformatorio de la Constitución hable, en términos generales, de que a la Corte Suprema corresponde decidir definitivamente sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, si de la aplicación del tenor literal de estos preceptos se llega a conclusiones que abiertamente hieran otros cánones fundamentales de la Carta; la jurisprudencia, la más sana crítica forense imponen el no darle a aquel precepto mayor alcance que el que debe tener para llenar su fin, que es el de guardar la integridad de la Constitución. En tal virtud, si conforme al artículo 57 del Estatuto, todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones; si de acuerdo con el artículo 34 del Acto legislativo número 3 de 1910, reformatorio de la Constitución, corresponde al Presidente de la República celebrar con potencias extranjeras, tratados y convenios, que se someterán a la aprobación del Congreso; si según el numeral 20 del artículo 76 de la Carta, corresponde al Poder Legislativo aprobar o desaprobar los tratados que el Gobierno celebre con potencias extranjeras; si la misma Constitución no le ha dado al Poder Judicial ingerencia en la formación de tratados públicos; y, por último, si a la luz de elementales principios no puede admitirse que la validez y eficacia de los pactos internacionales queden sujetas, y sobre todo sujetas de un modo indefinido, a la decisisón de una sola de las Altas Partes contratantes, es forzoso deducir que la Corte no puede acceder a la demanda promovida contra el Tratado de seis de abril del año en curso, por carecer de facultades para ello.

"Compete a la Corte Suprema la guarda de la integridad de la Constitución, y no sería mantener esa integridad el romper la armonía que existe y debe existir entre sus diferentes partes. Por eso, si de la observancia textual del artículo 41 ya citado, resultan en algún caso vulneradas otras reglas constitucionales, es indudable que entonces no corresponde aplicarla.

"Admitir la intervención de la Corte Suprema de Justicia para invalidar, por inconstitucional, un tratado público, equivaldría, en último análisis, a asumir la Corte para sí el ejercicio de la soberanía transeúnte del Estado, que a ella no le esá atribuído, ya que vendría en definitiva a darle o negarle el pase a las estipulaciones de los pactos internacionales.

"De otro lado, considérese la consecuencia, absolutamente inadmisible, que surgiría de que la Corte pudiese declarar la ineficacia de la ley que aprueba un tratado, después que haya recibido la ratificación de la otra parte contratante. El Gobierno y el pueblo de la Nación se hallarían en un conflicto irresoluble: de un lado, en la obligación de cumplir lealmente las estipulaciones de un pacto internacional perfecto, en la cual estaría solemnemente empeñada la fe pública, y de otro, en el deber de acatar la decisión del más alto Cuerpo Judicial del país, que al declarar inconstitucional el Tratado, implícitamente dispondría que no obedeciese. No cabe, en modo alguno, suponer que semejante absurdo, que nace de la aplicación literal del artículo 41 del Acto reformatorio, haya estado en la mente de los que expidieron ese acto contitucional." (**Gaceta Judicial** números 1147 y 1148, de 30 de septiembre de 1914, páginas 11 y 12).

Respecto de los contratos, aunque es cierto que las leyes que los aprueban están sometidas en su formación a todas las ritualidades constitucionales que requieren esos actos legislativos, difieren notablemente, como los aprobatorios de tratados, de las leyes ordinarias.

Dijo la Corte refiriéndose a estas últimas, en la sentencia arriba copiada:

"Las leyes ordinarias son actos unilaterales, expresión de la voluntad del soberano que manda, prohibe o permite, que se cumplen con el sólo requisito de la promulgación. Aquélla es elemento de un acto jurídico com-

plejo, es la manera como una de las partes contratantes manifiesta su consentimiento a las estipulaciones de un pacto sinalagmático internacional. . . . . "

La ley aprobatoria de un contrato es también la aceptación, por una de las partes contratantes, de los derechos y obligaciones contenidos en el contrato; es la manera de perfeccionar el consentimiento en los contratos que la Nación celebra cuando tal requisito es indispensable para ello.

Y que se trata de una ley de carácter especial, lo demuestran precisamente las circunstancias de no obligar sino a las partes contratantes en lo relativo a las materias contenidas en las estipulaciones y durante el término de la duración del convenio, mientras que las otras leyes obligan a todos los miembros del Estado, ya sean entidades colectivas o individuales. Precisamente, por este mismo carácter especial, la ley que aprueba un convenio no puede ser derogada, no puede ser modificada en sus términos por el legislador sin el consentimiento del otro contratante, consentimiento que el Congreso no tiene que solicitar de otro, para modificar las leyes de naturaleza distinta.

Las leyes aprobatorias de los contratos celebrados para establecer relaciones de derecho privado, sujetas como están a la libre manifestación del consentimiento de los estipulantes, según las determinaciones positivas al respecto, son leyes especiales, y los contratos que aprueban sólo pueden invalidarse por causas estatuídas de antemano, que los hagan ineficaces, o por el mismo consentimiento de las partes que en ellos intervinieron, y mediante el juicio respectivo. Las acciones que tiendan a satisfacer estos objetivos son acciones de derecho civil, que no pueden confundirse con las acciones públicas, tendientes a mantener incólumes las instituciones políticas.

La acusación no va dirigida sustancialmente contra la ley sino contra el contrato mismo, una vez que en él se contienen las estipulaciones que el demandante considera lesiva de los cánones constitucionales que se señalan como infringidos por aquéllas. Trátase, en definitiva, de que se decida si las cláusulas de la convención se hallan en pugna con las de la Ley Fundamental.

El artículo 41 del Acto legislativo invocado por el demandante, estatuye:

"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."

De acuerdo con conocidas reglas de hermenéutica legal, para desentrañar el verdadero espíritu y alcance del anterior texto, no debe tomársele aisladamente, sino que es menester conexionarlo con otros preceptos del mismo Estatuto, que guarden relación con él. Uno de ellos es el contenido en el artículo 26, que consagra el principio de justicia universal, de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

Se dice que el referido artículo 26 guarda relación en el caso actual con el 41 de la Reforma Fundamental del año 10, por cuanto si se sometiera la ley acusada, o más propiamente el contrato por ella aprobado, a la acción pública ejercitada en la demanda, se podría llegar, en caso de que tal acción prosperara, a romper el vínculo contractual sin audiencia de las partes que concurrieron a formarlo; ya que el procedimiento establecido en la sobredicha enmienda constitucional no da campo a que dichas partes intervengan en forma alguna en el debate.

Esto hace ver que en concepto del constituyente colombiano, la acción pública de que se viene haciendo mérito no tiene cabida, cuando se trata de una ley que aprueba un contrato, comoquiera que no se puede, sin menoscabo de la norma consignada en el artículo 26 del Estatuto, declarar disuelto, a espaldas de las partes contratantes, el vínculo de derecho originado del concurso de voluntades; pues a tanto equivale ello como a condenar a aquéllas sin haberlas oído y vencido en juicio, desde luégo que el fallo que se pronunciara declarando la inexequibilidad de la ley, produciría los mismos efectos civiles que una sentencia dictada en juicio contradictorio, y en que se pusiera término al contrato.

Y si a lo dicho se añade que no hay plazo alguno para el ejercicio de la acción popular de que se trata, se podrán palpar las graves consecuencias que para el crédito del país y para la explotación de las riquezas nacionales traería el pretender someter a dicha acción las leyes aprobatorias de contratos celebrados por el Gobierno con personas naturales o jurídicas, dado que en cualquier tiempo y por ingentes que fueran las erogaciones que tales entidades hubieran hecho en la ejecución del pacto, podría éste caer, mediante una acusación de inexequibilidad de la ley respectiva, sin conocimiento de las partes a quienes tal declaración viniera a perjudicar, y sin darles campo a defensa alguna.

"La Constitución—ha dicho esta Corte—no es conjunto de cánones rígidos, que sólo puedan articular la acepción estrecha de su texto; élla es el instrumento que regula hoy y mañana el organismo político en sus múltiples, crecientes y aun inesperadas actividades."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, reunida en pleno, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en lo sustancial con el dictamen del señor Procurador General de la Nación, declara que no tiene cabida en este caso la acción consagrada en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial**, envíese copia al señor Ministro de Gobierno y archívese el expediente.

JUAN E. MARTINEZ—Ignacio González Torres—José Miguel Arango—Enrique A. Becerra—Parmenio Cárdenas—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez. Julio Luzardo Fortoul—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo. Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

Acojo como salvamento de voto el proyecto de sentencia que preparé en este asunto—que la Corte rechazó,—adicionándolo con algunas observaciones finales. Dice así:

"El doctor Santiago Rozo, en ejercicio de la acción popular consagrada en el ordenamiento constitucional del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, ha solicitado de la Corte una decisión que declare inexequible la Ley 80 de 1931, aprobatoria del contrato co-

nocido con el epígrafe Chaux-Folsom, por considerar que ese pacto, en sus varias cláusulas, es contrario al espíritu y a la letra de varios textos constitucionales, que el peticionario cita en su demanda.

"El señor Procurador General de la Nación, en ponderado y jurídico estudio, concluye opinando que la demanda debe ser rechazada por incompetencia de jurisdicción para conocer de la misma.

"La Corte no comparte, en su totalidad, la autorizada opinión del representante de la Nación, pero sí coincide con él en que el acto legislativo que aprueba un contrato celebrado por el Presidente de la República, para cuya validez se requiere la aprobación del Congreso, no es una ley, en el sentido propio que a esa palabra da la Constitución Nacional.

"Considera, pues, esta Superioridad que la Ley acusada escapa a la acción popular del artículo 41 del Acto legislativo número 3, porque ella, en realidad de verdad, no es una ley, sino la manifestación de la voluntad de la Nación por conducto del Congreso, expresada por medio de un acto que impropiamente se denomina ley.

"En efecto: cuando el Ejecutivo Nacional celebra un contrato que necesita para su validez la aprobación del Congreso, obra en su carácter de persona injurídica incapaz, puesto que para la validez y perfeccionamiento del contrato celebrado, necesita la aprobación del Poder Legislativo; y si es verdad que al Congreso le corresponde, por medio de leyes, aprobar o desaprobar los contratos o convenios celebrados por el Presidente de la República con particulares o compañías, según lo preceptúa el numeral 14 del artículo 76 de la Constitución, también lo es que, a pesar de que ese acto lo califica la Constitución de ley, él no reúne los requisitos inherentes a ella.

"En primer lugar, el acto legislativo que aprueba un contrato no tiene un carácter general para todos los habitantes del país, él no obliga sino a las partes contratantes por el término de la duración del convenio, al par que la ley obliga a todos los que habiten el territorio de la República; ese acto no puede derogarse por el Congreso, cosa que sí puede hacer con todas las leyes; no puede ser modificado en sus términos por el legislador sin consentimiento del contratante, consentimiento que el Congreso no tiene que solicitar de nadie para modificar las leyes; el acto aprobatorio de un contrato no tiene como finalidad mandar, prohibir, permitir o castigar, que es la característica de la ley, sino bastantear la personería del Presidente, mandatario de la Nación, para la policitación del convenio sometido a la aprobación del Congreso; los actos aprobatorios de contratos civiles o internacionales, nunca podrán tener origen en las Cámaras, porque ellas no pactan, modalidad ésta típica de las leyes a que se refiere la Constitución, que han de tener origen en una de las Cámaras.

"Esos actos se rigen por las disposiciones de derecho común que regulan los contratos civiles, o por los principios de derecho internacional a que se ajustan los tratados públicos.

"Cuando el acto o contrato celebrado regula relaciones civiles y vínculos entre la Nación y los particulares, entonces él puede, a voluntad de una de las partes, someterse al juicio de la justicia ordinaria, ejercitando la acción resolutoria, que repone las cosas al estado que tenían antes de contratar, o haciendo ejecutar ese pacto y cobrando los respectivos perjuicios; acción civil ésta que en ningún caso puede alcanzar los actos del Congreso, que revisten los caracteres constitucionales de leyes.

"Si el acto que aprueba un contrato fuera una verdadera ley, ella, que en ese caso sería netamente administrativa, podría ser reglamentada por el Poder Ejecutivo, y basta este enunciado para ver que ello sería un absurdo jurídico, un contrato bilateral reglamentado por una sola parte con fuerza obligatoria; pues la potestad reglamentaria entraña esa obligación conforme al dictado del artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

"Cosa idéntica acontece con los pactos internacionales, que pueden denunciarse por uno de los contratantes, según las reglas de derecho internacional.

"La Corte adopta la doctrina neta, precisa y estrictamente jurídica y de puro derecho público, de que los actos impropiamente llamados leyes, que aprueban contratos civiles o pactos internacionales, no son leyes, en el sentido constitucional que ese vocablo comporta, para zanjar en lo porvenir las dificultades que pudieran suscitarse con propios y extraños.

"Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo casi en un todo con el señor Procurador, declara que no tiene cabida en este caso la acción consagrada en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910."

Ahora, al prohijar la Corte las razones que se adujeron en mil novecientos catorce, para no admitir la acusación por inconstitucionalidad de la ley que aprobó el Tratado conocido con el nombre de Urrutia-Thomson, asienta definitivamente la tesis de que el acto legislativo que aprueba un tratado público o un contrato, es cosa distinta del tratado o del contrato, distinción ésta que no acepto, porque la ley aprobatoria de un contrato es el contrato mismo, es decir, todas y cada una de sus cláusulas se eleva a la categoría de ley, forman un conjunto que no puede dislocarse para considerar que allí hay una ley constituída únicamente por la frase sacramental que reza: "El Congreso de Colombia decreta," y un contrato o un tratado distinto de la ley misma.

Admitida esta dualidad por la Corte, fácil le sería resolver la acusación; pues es evidente, de toda evidencia, que el artículo que aprueba un tratado público o un contrato, en ningún caso podría ser violatorio de la Constitución, pues él se limita a decir: "apruébase tal tratado o convenio o tal contrato."

Si a juicio de la Corte existe la dualidad apuntada, le sobra a la sentencia toda la disquisición sobre distinción o especificación de la ley que aprueba el pacto o contrato, toda diferenciación entre las leyes comunes y la ley especial; porque ya se ha visto que esa ley no puede nunca violar la Carta Fundamental, y que las cláusulas del tratado o contrato no pueden ser examinadas por la Corte, porque ella no tiene esa atribución.

Para reforzar la Corte su argumentación, invoca el artículo 26 del Estatuto Nacional, porque, dice, hay que armonizar las diversas disposiciones, ya que si ello no fuera así, equivaldría a condenar a las partes sin haber sido oídas y vencidas en juicio.

Anoto, en primer término, que el artículo 26 de la Constitución no dice relación con los juicios civiles. Esa garantía se consagró en la Carta para proteger a los ciudadanos en sus personas; ella es un complemento indispensable para garantizar el primordial derecho del **habeas corpus**

Este concepto es el que trae el comentador doctor Samper, que hizo parte del Consejo de Delegatarios que expidieron la Constitución del 86, y que tenía que estar al tanto de la intención de los constituyentes y del alcance de cada una de las disposiciones adoptadas.

Dice así al comentar el artículo 26:

"Si el simple arresto o detención no puede ser ordenado, sino con formalidades legales, mayor es la necesidad de dar garantías a las personas, cuando se trata de juzgamiento, que es cosa mucho más grave que la detención. De ahí el que este artículo exija, para que algún individuo sea juzgado (y por lo tanto condenado a sufrir pena), la sujeción a estas precisas condiciones:

"1ª Que sea conforme a leyes **preexistentes** al acto que se imputa, de modo que el acusado haya podido conocer la ley primitiva o penal antes de ejecutar aquel acto.

"2ª Que quien lo juzgue sea el Tribunal competente, esto es, aquel a quien la ley haya atribuído el conocimiento del asunto; entendiéndose la palabra **Tribunal** en su más alta acepción, no como entidad colectiva, sino como **Juez**, ya sea éste unipersonal o nó; y

"3ª Que se observe en el procedimiento la plenitud de las formas propias de **cada juicio**, ora sea este criminal ordinario, o correccional o de policía, ora fiscal, militar o de responsabilidad; dado que cada forma de juicio tiene su propio y especial procedimiento."

Si eso no fuera así, se podría agregar que la acción popular consagrada por el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, tiene por objeto únicamente restablecer el imperio de la Constitución, subvertido por la ley o decreto que la quebranta. En esa acción no se condena a nadie, no se le imponen obligaciones a nadie y a nadie se priva de sus derechos; pues si la ley o el decreto se declaran inconstitucionales, nadie ha podido adquirir derechos por virtud de un acto que viola la Constitución y que así se declara, pues los derechos sólo se adquieren con arreglo a las leyes, y esa ley no es tál por violentar y chocar con la Constitución.

La acción consagrada en el artículo 41 es especialísima, ella implica una especie de veto que la Corte pone al Congreso cuando éste expide una ley que quebranta los cánones constitucionales; en esa acción no se discuten derechos y deberes entre las partes, ni a éstas se les impone obligación ninguna con la resolución de inexequibilidad, ni se les priva de derechos, pues éstos no se pueden adquirir por un acto del Congreso que viola la Constitución, y que así se declara por quien tiene facultad de hacerlo.

Al admitirse la tesis de la Corte, llegaría el caso de que esta entidad no podría conocer de la demanda de inexequibilidad de una ley que le hiciera cesión a una persona, natural o jurídica, de tierras baldías, digamos, porque el agraviado sería condenado sin ser oído y vencido en juicio. Igual cosa sucedería con los decretos del Ejecutivo, concediendo ascensos militares, porque se privaría a un militar de su grado, sin oírlo y vencerlo. Extremos éstos que basta enunciarlos para demostrar su inexactitud.

Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos treinta y uno.

José Miguel Arango—Martínez—I. González T.—Becerra—Jiménez—Hernández—Cárdenas—Luzardo Fortoul. Nannetti—Rosales—Tafur A.—Trujillo Arroyo—El Secretario en propiedad, **Augusto N. Samper.**

SALA DE CASACION CIVIL

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

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

Tulia Rodríguez de Castañeda promovió ante el Juez Civil 3º del Circuito de Bogotá, contra María Ayarza V., juicio ordinario que contiene estas acciones:

1ª Que es nulo absolutamente por causa de simulación el contrato de compraventa celebrado entre Arcadio Castañeda y la demandada, por escritura pública número dos mil seiscientos noventa y nueve, otorgada ante el Notario Primero de Bogotá el siete de febrero de mil novecientos veinte, de un lote de terreno con sus edificaciones, situado en el barrio de San Victorino, de esta ciudad, que da frente sobre la carrera 17, y mide diez varas de frente, de centro a centro de la pared, por todo el fondo, o sea una cabida de quinientas sesenta y cinco varas cuadradas con seis mil ciento seis centímetros de vara, y demarcado así:

"Por el frente, con la carrera diez y siete, en un trayecto de diez varas de centro a centro de la pared; por el Norte, con lote que fue de la señora Sotomayor y que hoy pertenece a la señora Concepción Casas de Rodríguez; por el Oriente, de centro a centro de pared, en un trayecto de diez varas, con lote de la señora María Luisa Melo; y por el Sur, con lote del doctor Francisco Forero Aguilera y en una línea recta de la carrera diez y siete al lote de la señora Melo."

2ª Que, en consecuencia, es nula la escritura en que se hizo constar el contrato expresado arriba, y nulo su registro.

3ª Que se condene a la demandada a entregar dentro del término legal, a la mortuoria de Arcadio Castañeda, representada por la actora como heredera, el lote mencionado, con sus edificaciones y con sus frutos naturales y civiles.

Se enuncian como hechos fundamentales:

"1º El contrato de compraventa de que trata esta demanda no fue real sino ficticio.

"2º Con ese contrato no se pretendió otra cosa que burlar mis derechos que como esposa legítima de Arcadio Castañeda tenía sobre los bienes conseguidos durante la sociedad conyugal.

"3º Cuando se celebró el contrato, la demandada no tenía bienes de fortuna ni una profesión lucrativa, y vivía en concubinato con mi esposo Arcadio Castañeda, quien la sostenía.

"4º En semejante situación y para evitar el extravío de los bienes de la sociedad conyugal, promoví yo las diligencias que permite el artículo 3º de la Ley 95 de 1890, pero sabido esto por Castañeda, le hizo a su concubina escritura de venta antes de que yo lo pudiera impedir.

"5º En su vida de concubinato con la demandada, murió mi citado esposo pocos días después de celebrado el contrato, y el dinero de la venta no ha figurado en ninguna parte, porque no fue pagado.

"6º La demandada deriva de arrendamientos de aquella propiedad una renta mensual no menor de ochenta pesos mensuales.

"7º La propiedad que fue materia del contrato fue adquirida durante la sociedad conyugal, pues el matrimonio lo celebrámos en 1909, y la finca se compró en 1912."

La demandada contradijo las acciones.

El Juez la absolvió.

Por apelación de la actora, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha diez y siete de agosto de mil novecientos veintiocho, confirmó el fallo del Juez. La misma parte ocurrió en casación. Es admisible el recurso y se basa en la primera causal.

Primer cargo. Errónea apreciación de varias pruebas y violación consiguiente de los artículos 542 y 543 del Código Judicial y 1740 y 1741 del Código Civil.

Los testimonios mal apreciados en concepto del recurrente son éstos:

Declaraciones de Juan Evangelista Guerrero, Angel María Aranza y María del Carmen Aldana, porque estos testigos declararon en virtud del conocimiento propio que tenían de la demandada y pudieron asegurar su escasez de recursos.

Declaraciones de José Antonio Cortés, Cruz y Tulia Reyes, porque siendo suficientemente explícitos estos testigos, el Tribunal les buscó sin razón legal alguna el medio de desestimarlos haciendo mérito de circunstancias carentes de toda fuerza legal. Objeta el Tribunal la declaración de Cortés por no dar el testigo la razón de su dicho; pero no tuvo en cuenta que en el respectivo interrogatorio que sirvió a esa declaración se pidieron todas las explicaciones legales.

La prueba traída al juicio de que Castañeda proveyó a la subsistencia de María Ayarza, así como también la de la disposición del primero para que la fábrica de Fenicia le entregara a la Ayarza el seguro de vida, cuando él muriese; y el recibo de ella firmándose María A. de Castañeda.

Declaraciones de Angel María Aranza, Juan Evangelista Guerrero, Cruz y Tulia Reyes, José Antonio Cortés y Carmen Aldana, que el Tribunal apreció, dice el recurrente, pésimamente, porque todos estos testigos afirman, porque lo vieron, que Castañeda vivía en concubinato; y sin embargo el Tribunal desecha esas declaraciones por la razón de que los testigos sólo conocían de vista y no de trato y comunicación a la demandada, sin tener en cuenta que una persona que conoce de vista a una mujer, sabe dónde vive, la ve todos los días entrar a su casa y ve que un hombre casado que ha abandonado su hogar vive con ella y que eso dura más de tres años, el sentido de la vista es en ese caso criterio de verdad irrecusable.

Con relación a este mismo punto fueron mal apreciadas las posiciones absueltas por la demandada en segunda instancia, porque confesó que ella había vivido con Castañeda tres años, y bastó que agregara la circunstancia explicativa de que eso había sucedido por ser aquél inquilino, para que el Tribunal no apreciase la confesión.

Copias tomadas de las diligencias que se practicaron en el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, con el fin de impedir que Castañeda dispusiera de la finca, y haberse celebrado el contrato cuya nulidad se demanda, precisamente en los momentos en que la demandante practicaba esas diligencias. El Tribunal no tomó en cuenta esas copias,

Las declaraciones de Daniel Ramírez, Leovigildo Hernández, Servio Tulio Aranguren, Eduardo González y Julio Parga Polanía, rendidas en pro de la Ayarza. El Tribunal las apreció mal, porque refiriéndose ellas a la buena conducta de ésta en época posterior a la muerte de Castañeda, no pueden servir de prueba acerca del mismo punto en la época en que la Ayarza vivió mala vida con Castañeda, según las declaraciones de Aranza, Guerrero, Reyes y Aldana.

Se considera:

Nótase primeramente que desde el punto de vista que toma el recurrente respecto de la violación de ley, su demanda está fuera de las normas de casación. Si una sentencia se acusa por error evidente de hecho en la apreciación de una o más pruebas decisivas, esta acusación ha de conducir a la de error de derecho por violación de disposiciones que guarden correlación y armonía con la primera. Supóngase que fueran ciertas las objeciones que hace el recurrente sobre mala apreciación de las pruebas que se dejan relacionadas, ello no llevaría a la conclusión de que el Tribunal hubiera quebrantado los artículos 542 y 543 del Código Judicial que establecen los principios relativos a la carga de la prueba; ni menos la de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, que definen respectivamente cuáles son los contratos o actos nulos y cuáles son las nulidades absolutas.

Y se dice que el recurso está fuera de las reglas de casación porque teniendo como motivo la mala apreciación de ciertas pruebas, el recurrente ha debido observar el precepto del artículo 9º de la Ley 90 de 1920 y determinar la disposición legal congruente con el cargo que resulte violada por la mala apreciación de aquellas pruebas. Si una escritura pública, por ejemplo, que reúne todos los requisitos legales y contiene estipulaciones claras de las partes, es desatendida por el juzgador y se acusa el fallo por error evidente en la apreciación de tal instrumento, este cargo ha de tener por consecuente el de la violación de las disposiciones legales que atribuyen valor de plena prueba a la escritura pública, respecto de los contratantes. Y esto que se dice de la escritura pública es principio aplicable a las demás pruebas legales.

Cuanto al fondo mismo de la acusación, esto es, el error en la apreciación de las supradichas declaraciones, no resulta comprobado de modo evidente.

El testigo Juan Evangelista Guerrero, en cuanto a la pobreza de la Ayarza, se limita a declarar que carecía de recursos "porque me lo dijo Arcadio Castañeda."

Angel María Aranza avanza el testimonio de que trató por largo tiempo a la Ayarza y que cuando vivió con Castañeda no tenía bienes de fortuna con qué atender a su subsistencia.

María del Carmen Aldana declara que por el simple conocimiento de vista que tuvo de esa señora y sin tener trato íntimo con ella, que nunca le conoció oficio, y que Castañeda le cubría sus gastos, porque así se lo dijo éste.

Las declaraciones de José Antonio Cortés, Cruz y Tulia Reyes, las estima el recurrente mal apreciadas, porque el Tribunal les buscó medios de desestimarlas, haciendo mérito de circunstancias carentes de razón legal. Pero tan vaga acusación es completamente vana.

Como observación general y sin entrar en el análisis de cada una de las pruebas que enuncia el recurrente,

basta anotar que ellas fueron aducidas para probar ciertos hechos constitutivos de indicios y que en concepto del recurrente servían para demostrar la simulación del contrato. Ahora, dado que tales hechos estuvieran comprobados, la apreciación del Tribunal en cuanto a su fuerza probatoria, es soberana.

Y no basta para atacarla alegar que las pruebas en que se apoyan los hechos inductivos son fehacientes, sino que es preciso, además, demostrar, según doctrina constante de la Corte, que la estimación de los hechos constitutivos de los indicios padece de error evidente de hecho o de derecho.

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

1° No hay mérito para casar la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá el diez y siete de agosto de mil novecientos veintiocho; y

2° Se condena al recurrente en las costas del recurso.

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

JUAN N. MENDEZ — **Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Manuel V. Jiménez).

Vistos:

Ante el Juzgado 3° del Circuito de Buga el señor Víctor Julio Riomaña promovió juicio ordinario contra los herederos del señor Julián Reyes, para que se reconociera la nulidad de un contrato de hipoteca y del acto de remate de un predio rural, y en consecuencia se decretara la reivindicación de dicho inmueble en favor de la mortuoria de la señora Julia Quintero de Riomaña. El objeto del juicio es el predio rural denominado **La María,** ubicado en el Municipio de El Cerrito, y determinado por los siguientes linderos: Oriente, propiedad de Maximiliano Correa; Norte, predios de Leonidas Aparicio y Leonidas Rengifo; Occidente, predio de David Tenorio, y Sur, predio de Justiniano Ruiz, David Tenorio y Rogerio Riomaña.

La controversia fue desatada por el Juzgado, el veintiuno de septiembre de mil novecientos veintiocho, en la siguiente forma:

"Primero. No es nula la hipoteca constituída por el señor Rogerio Riomaña y a favor de Julián Reyes y de su esposa, por escritura número 103 de mil novecientos diez, otorgada en la Notaría de Guacarí, sobre el predio rural de **La María,** ubicado en el Municipio de El Cerrito, y dentro de los siguientes linderos: Oriente, propiedad de Maximiliano Correa; Norte, predios de Leonidas Aparicio y Leonidas Rengifo; Occidente, predio de David Tenorio, y Sur, predios de Justiniano Ruiz, David Tenorio y Rogerio Riomaña.

"Segundo. No es nulo el remate de dicho bien hipotecario, verificado en este Juzgado en veintiocho de noviembre de mil novecientos veinticuatro, como consecuencia del juicio ejecutivo seguido contra Rogerio Riomaña por Justiniano Ruiz y otros acreedores.

"Tercero. Es improcedente la acción reivindicatoria propuesta por el demandante contra los demandados, por no haberse satisfecho las exigencias del artículo 946 del Código Civil.

"Cuarto. Se condena en costas al demandante, por ser temerario el pleito entablado."

Este fallo fue apelado por el actor, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, previos los trámites legales, lo confirmó por sentencia de fecha veintinueve de julio de mil novecientos veintinueve.

Contra el fallo del Tribunal propuso el demandante el recurso de casación, que la Corte admite y procede a examinar en seguida:

Se alega como causal la primera del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, y se funda en los siguientes motivos:

I. Dice el recurrente:

"Esta absolución de los demandados se hace confirmando la sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juez 3° del Circuito de Buga, y con ello viola el Tribunal directamente terminantes disposiciones del Código Civil, porque se pronuncia la absolución contrariando la letra y el sentido de los siguientes artículos:

"Artículo 1741:

'La nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, es nulidad absoluta.'

'No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo...., sin autorización del Juez, con conocimiento de causa,' dice el artículo 303 del Código citado.

"El artículo 1292 del Código Judicial dice:

'**Cuando sea** preciso vender una especie de la sucesión, decretada que sea la venta, previa sustanciación de un artículo, se hará en pública subasta, etc.'

"Es obvio, pues, que como yo era menor de edad cuando se embargó la finca raíz denominada **La María,** inventariada en la mortuoria de mi madre, tenía un derecho de herencia el menor en esa mortuoria, en la cual no me representaba mi padre, según el inciso último del artículo 23 de la Ley 100 de 1892, por lo cual se omitió completamente la intervención de mi representante legal y la licencia judicial que debe obtenerse con conocimiento de causa. Aun en el supuesto de que el crédito de Julián Reyes afectase a la sociedad conyugal, bastaba la intervención de un menor en la mortuoria para que fuese necesaria la licencia judicial con conocimiento de causa, o también el decreto judicial en la articulación que debía sustanciarse en la mortuoria, pues si bien el artículo 1292 es del Código Judicial, indica y exige formalidades para la validez de un acto o contrato, y por eso es disposición sustantiva. Ya la Corte Suprema, en sentencia de casación de treinta de marzo de mil novecientos diez y siete (número 1659 del segundo tomo de la **J. Nacional),** declaró la nulidad de un remate de un bien de una sucesión, por no estar representados en el remate los menores partícipes. El caso que se contempla en este recurso es todavía más grave, porque el remate no se hizo con el permiso judicial, que se requiere para enajenar bienes de menores, o en que tienen derechos. De aquí resulta que el concepto en que considero violatoria directamente de los artículos citados la sentencia recurrida, es por darle validez al remate, precisamente lo contrario de lo demandado, que es la invalidez; pues según los artículos citados, el remate es nulo absolutamente, y por eso invoco la primera causal del artículo 2° de la Ley 169 de

1896 (violación de ley sustantiva), para demandar la infirmación de la sentencia recurrida junto con la de primera instancia, y que en su lugar se pronuncie la nulidad del remate de la finca denominada **La María**, que es de la sucesión de mi madre, y no deja de serlo, si alguien pretende derechos en ella, hasta que no se sentencie en juicio ordinario de exclusión."

En relación con este primer motivo, observa la Corte que el fundamento de la sentencia está en no haber hallado el Tribunal la prueba de que el inmueble rematado perteneciera en propiedad a la sucesión de la señora Julia Quintero de Riomaña, y en haberle negado todo valor, para acreditar ese dominio, al hecho de que el inmueble hubiera sido denunciado como de la sucesión, al verificarse los inventarios en el juicio respectivo.

No acreditándose, como no se acreditó, el dominio de la causante sobre el inmueble, las disposiciones citadas por el recurrente no eran aplicables al negocio judicial, y no fueron violadas por el Tribunal, ni pudieron serlo.

Es, pues, infundado este primer motivo.

II. Dice el recurrente:

"**Otro concepto** de violación directa del artículo 1325 del Código Civil, e indirectamente del artículo 1746 ibidem (primera causal de casación antes citada), consiste en que demanda la reivindicación del aludido inmueble para la mortuoria de mi madre Julia Quintero de Riomaña, con motivo de la nulidad del remate, el Tribunal Superior, al absolver a los demandados, niega esa demanda, y por eso viola dichos artículos que conceden al heredero esa acción. De manera que como el remate es nulo—y así debe declararse,—es indudable que debe decretarse consecuencialmente la restitución del inmueble a la mortuoria de mi madre. Viola, pues, el Tribunal Superior esos artículos cuando absuelve a los demandados, que es lo mismo que negar la demanda."

Como la acción reivindicatoria era una consecuencia de la nulidad del remate, y éste no fue declarado nulo, tampoco podría existir la violación de los artículos 1325 y 1746 del Código Civil, en el concepto indicado por el recurrente. Además, para que la primera de ellas tenga aplicación, se requiere que los bienes sean hereditarios, y ya se dijo que el Tribunal no halló la prueba de ello.

Por consiguiente, tampoco es valedero el cargo.

III. Dice el recurrente:

"**Otro concepto** de violación directa de la ley por el Tribunal Superior consiste en que, a pesar de hallarse probado que el inmueble reclamado (por ser el remate nulo), se halla incluído en los inventarios de la mortuoria de Julia Quintero, el Tribunal no estima que sea de la mortuoria, con lo cual viola el artículo 1388 del Código Civil, que exige decisión de la justicia ordinaria en la cuestión sobre propiedad de las cosas de una mortuoria, en que alguien prentenda propiedad exclusiva. Congruentemente dice el artículo 1271 del Código Judicial que los juicios sobre inclusión indebida de bienes de los inventarios de una sucesión, se seguirán por separado del juicio mortuorial con las personas interesadas en la indebida inclusión. No es un punto que se pueda resolver sin juicio, o que se dé por resuelto **ipso jure**, en presencia de ciertos datos no discutidos en una controversia ordinaria; pero como el Tribunal Superior prescinde de esa controversia desde que absuelve a los demandados, ha violado los artículos citados, y también hay evidente error de derecho en la apreciación de la prueba, que demuestra que la finca es de la mortuoria de mi madre; pues los artículos citados exigen que la demostración contraria debe hacerse en juicio ordinario contradictorio, en que recaiga una decisión al respecto; pero como el Tribunal no estima que la finca de **La María** sea de la mortuoria, en ese concepto es violatoria la sentencia de esos artículos."

En sentir de la Corte, el fundamento de este motivo está en afirmar que el actor tenía probado el dominio del inmueble en favor de la mortuoria, y, por consiguiente, el recurrente ha debido atacar el fallo por error en la apreciación de la prueba, cosa que ha omitido.

Si como demostración plena del dominio se refiere el hecho de la inclusión del inmueble en los inventarios del abintestato de la señora Quintero de Riomaña, la Corte no encuentra el error de hecho ni de derecho, comoquiera que la propiedad de los inmuebles sólo se puede establecer por los medios legales, entre los cuales no se hallan los denuncios dados al practicar los inventarios de los juicios de sucesión, ni la simple inclusión en ellos de los bienes denunciados.

Por esto, es inadmisible el reparo indicado.

En consecuecia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando jusiticia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide:

1° No es casable la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha veintinueve de julio de mil novecientos veintinueve.

2° Las costas del recurso, si las hubiere, son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Vistos:

El señor Juan de Dios Arango, como apoderado de Agustín Arango P., demandó ante el Juez del Circuito de Titiribí al señor Francisco María Quijano, en su carácter de socio liquidador de la sociedad colectiva de comercio de Quijano & Co., para que, con su citación y audiencia, se hiciesen estas declaraciones:

"Primera. Que como dueño que es don Agustín Arango P. del inmueble denominado **Santa Rita**, ubicado en el Distrito de Armenia, del Departamento de Antioquia, por los linderos que se determinan en el numeral 1° de este libelo, les restituya, dentro de seis (6) días, la entidad demandada, como poseedora actual que es, la porción o parte integrante de dicha finca, cuya posesión se le quitó al señor Arango P., mediante el juicio de deslinde de que se ha hecho mérito, parte integrante que se comprende por los siguientes linderos:

"Del alto llamado de **Juancho Ossa**, buscando la derecera de unos bordes, en donde don Mariano Lotero tuvo tabacal, bordes abajo a la quebrada **Herradura**; de aquí, por derecera al filo del **Salvial**, y de aquí, buscando un cerco de alambre construído por los señores Quijanos y Compañía, y siguiendo toda la dirección del cerco, próximamente de Norte a Sur, al alto de **Juancho Ossa**."

"Segunda. Que asímismo la persona demandada, considerándola como poseedora de buena fe, está obligada a la restitución a mi mandante de todos los frutos naturales y civiles de la cosa materia de este juicio, que se perciban después de la contestación de la demanda, y no solamente los percibidos, sino los que el señor Arango P. hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

"Que si no existieren tales frutos, debe el valor que tenían o hubieran podido tener al tiempo de la percepción, estimados por medio de peritos en este juicio; y

"Tercera. Que debe pagar las costas del juicio, si diere lugar a que se siga."

Fundó esta acción en los artículos 669, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964 del Código Civil, y en los hechos siguientes, que resume así el Tribunal:

"1. El señor Arango es dueño de la finca de **Santa Rita**, y los linderos de esta finca son:

'De un mojón que está en el alto de **Cusumbí**, por todo el camino hasta donde comienza la loma que viene de abajo, en donde está un mojón; de aquí, filo abajo, hasta el morro llamado de **Juancho Ossa**, en donde está otro mojón, buscando la derecera de un borde en donde tuvo tabacal el señor Mariano Lotero; de éste, abajo, hasta la quebrada **La Herradura**, y de allí, por derecera, al filo del **Salvial**, en donde hay otro mojón, y filo arriba hasta el primer lindero.'

"Con la demanda se presentaron varios títulos anteriores, que rezan, en sustancia, los mismos linderos. Arango compró la finca en mil novecientos diez y nueve a Faustino Palacio, quien la hubo en mil novecientos diez y seis de Rafael Pajón; éste fue dueño de ella en mil ochocientos noventa y tres, por compra al señor Venancio Cuartas, quien la hubo en mil ochocientos ochenta y seis por compra del señor Félix Mariano Lotero, quien la hubo, a su vez, por remate en la sucesión de don Mariano Lotero, el diez y nueve de marzo de mil ochocientos ochenta y seis; y aunque don Mariano había hecho donación de esa finca en mil ochocientos setenta y cuatro a don Antonio J. Lotero, volvió a poder de don Mariano, por remate, en mil ochocientos ochenta y uno.

"2. El señor Quijano es dueño de una finca situada en el Distrito de Armenia, en el paraje de **Montañita** o **Arbolitos**, que linda:

'Desde el desemboque de la quebrada **Piñoncitos**, en el Cauca, quebrada arriba, hasta la derecera del filo que divide el terreno de **La Clara**, por todo el filo a otro filo, que divide **La Clara** y los terrenos del finado Antonio José Lotero; con éstos, atravesando la quebrada **Herradura**, a buscar el filo que viene del **Balsal** y que divide el potrero de **Los Arbolitos**; filo abajo, hasta la puerta del **Alto del Contento**; de allí, por una cañada, hasta las peñas de **La Herradura**, por el borde de **La Peñabaja**, hasta la dicha quebrada de **La Herradura**; ésta, abajo, hasta el Cauca; éste, abajo, al primer lindero.'

"Esta finca la hubo el señor Quijano en mil novecientos veinticuatro en la liquidación de la Sociedad Quijanos y Compañía; la Sociedad hubo la finca en mil novecientos diez y nueve, por compra a los esposos señores Manuel Vásquez U. y Josefina Lotero.

"3 y 4. Cuando el señor Quijano era administrador de la Sociedad de Quijanos y Compañía, promovió juicio de deslinde contra el señor Arango; éste denunció el pleito a su tradente, señor Faustino Palacio, y no volvió a preocuparse del asunto; y por esto no supo que la denuncia del pleito, que en un principio se había admitido, por medio del correspondiente auto, había sido rechazada por revocación del auto de admisión. El señor Arango se ausentó por cualquier motivo, y en su ausencia se practicó el deslinde.

"5. En el deslinde, los peritos y el Juez 'no hicieron sino prohijar el dictamen extrajuicio de dos personas extrañas,' señalándose el lindero de Sur a Norte entre las fincas **Santa Rita** y **Arbolitos** o **Montañita**, por diligencia de veinticuatro de julio de mil novecientos veintitrés.

"6. El deslinde no fue objetado, porque el señor Arango estaba ausente, y no tuvo noticia oportuna de la diligencia.

"7. El señor Juez que practicó la diligencia hizo que los trabajadores que había en lo que ha sido siempre del señor Arango, desocuparan materialmente la faja que, quitándole a éste, se dio en posesión a la parte demandante.

"8. Dice el apoderado del actor:

'Errores manifiestos hubo en el deslinde, en el amojonamiento y en la posesión dada a los señores Quijanos y Compañía, principalmente en la determinación de los bordes donde tuvo tabacal Mariano Lotero, pues que se señaló ese sitio o lugar muy diferente del que verdaderamente lo ha sido, según los títulos y la posesión material de muchos años ejercida por el señor Arango P. y por los que le precedieron en el derecho, quienes son sus causantes; otro error ocurrió en el señalamiento del filo llamado del **Salvial**; y uno más en lo que se consideró como punto en donde es cortada la quebrada **Herradura**, que busca la dirección de los referidos bordes del tabacal.'

"9. En el juicio de deslinde se disgregó del terreno del señor Arango una faja de terreno muy extensa, y que es materia del juicio reivindicatorio que se inicia, comprendida por los siguientes linderos:

'Del alto llamado de **Juancho Ossa**, buscando la derecera de unos bordes, en donde don Mariano Lotero tuvo tabacal, bordes abajo a la quebrada **Herradura**; de aquí, por derecera, al filo del **Salvial**, y de aquí, buscando un cerco de alambre construído por los señores Quijanos y Compañía, y siguiendo toda la dirección del cerco, próximamente de Norte a Sur, al alto de **Juancho Ossa**.'

"10. Dice el apoderado del actor:

'Comparando el título de dominio de los señores Quijanos y Compañía y sus antecedentes, principalmente con la hijuela de adjudicación a la señora Josefina Lotero V., en la mortuoria de doña María Antonia Vélez de Lotero, esposa que fue de don Mariano Lotero, no se ven motivos justificados de la invasión de los señores Quijanos y Compañía en los dominios del señor Arango P.'

"11. Agrega:

'Examinados los linderos del globo de terreno denominado **Balsal de Lara**, perteneciente a los mismos demandantes, que se inventarió y adjudicó en la sucesión de doña María Antonia Vélez de Lotero, protocolada en la Notaría 1ª de Medellín, según escritura número 2581, de veinticuatro de noviembre de mil ochocientos

ochenta y uno, se deduce que el lindero de La Montañita o Arbolitos, sólo lo está con el Balsal de Lara, hasta la puerta, y de allí continúa limitando con terrenos de Santa Rita, no con el inmueble de Arbolitos.'

"12. En este hecho se dice que la sociedad de los señores Quijanos y Compañía se constituyó en mil novecientos cuatro."

Esta demanda fue corregida en el sentido de dirigirla contra el demandado, no como liquidador de la Sociedad Quijanos & Compañía, sino como poseedor del terreno que se reivindica, y, además, para adicionarla con el hecho de que don Mariano Lotero hizo donación de la finca de Santa Rita a su hijo don Antonio José, según escritura número 160, de veintisiete de julio de mil ochocientos setenta y cuatro, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Medellín.

El demandado contestó oponiéndose a las pretensiones del actor, aceptó algunos hechos y negó los restantes.

El Juez del conocimiento desató la controversia, absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda.

El Tribunal Superior de Medellín reformó la sentencia del inferior en estos términos:

"1º El señor Francisco M. Quijano debe restituír al señor Agustín Arango P., dentro del término de un mes, un globo de terreno que forma parte integrante de la finca de Santa Rita, y de que está en posesión el señor Quijano, mediante el juicio de deslinde de que se ha hecho mérito, comprendido por los siguientes linderos:

'De la quebrada Herradura, por todo el cerco de alambre construído por el señor Quijano, al filo del Salvial; de aquí, para abajo, hasta un mojón colocado en el mismo filo, unas veinte varas abajo de una piedra grande quebrada; y de este mojón, en línea recta, hacia la quebrada Herradura, a buscar de nuevo el punto de partida, donde el cerco de alambre cruza la referida quebrada. Este globo de terreno tiene forma triangular, y hace parte del que ha sido materia de la reivindicación.'

"2º El mismo señor Quijano está obligado a restituír al señor Arango, desde la fecha de la contestación de la demanda, todos los frutos naturales y civiles percibidos, y que el señor Arango hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado del globo de terreno indicado, si Arango lo hubiese tenido en su poder; con advertencia de que si no existieren tales frutos, debe restituír el valor que tenían o hubieran podido tener al tiempo de la percepción, estimados por medio de peritos en el juicio sumario corespondiente. Quedan a salvo los derechos que pueda tener el señor Quijano como poseedor de buena fe, respecto de indemnizaciones por mejoras, y demás que le concede la ley.

"3º Se absuelve al señor Quijano de los demás cargos de la demanda, en cuanto con ésta se pretendía que restituyese un globo de terreno mayor que el indicado en esta sentencia.

"No se hace especial condenación en costas."

Contra el fallo anterior, ambas partes interpusieron recurso de casación, que la Corte admite, por estar ajustado a la ley, y procede a resolver en el fondo:

Ha de empezarse el estudio por el recurso interpuesto por el demandado, ya que él tiende a la infirmación de todo el fallo, en tanto que el del demandante se limita a la parte de la finca cuya reivindicación negó el sentenciador.

El Tribunal, en la parte considerativa de la sentencia, asienta que técnicamente la parte petitoria de la demanda ha debido dirigirse a que se declarara que la línea divisoria de las fincas de Santa Rita y Arbolitos es la que pasa por determinados puntos y que, en consecuencia, se declarara que el terreno comprendido entre esa línea y la que marcó el Juez, forma parte de la finca de Santa Rita, o pertenece en propiedad a don Agustín Arango.

En la parte petitoria de la demanda, dice el Tribunal, se solicita que se declare que el señor Agustín Arango es dueño de un globo de terreno comprendido por los siguientes linderos:

"Del alto llamado Juancho Ossa, buscando la derecera de unos bordes en donde don Mariano Lotero tuvo tabacal, bordes abajo a la quebrada de La Herradura; de aquí, por derecera, al filo del Salvial, y de aquí, buscando un cerco de alambre construído por los señores Quijanos y Compañía, y siguiendo toda la dirección del cerco, próximamente de Norte a Sur, al alto de Juancho Ossa."

En sentir del sentenciador, en la demanda, al menos, ha debido determinarse al relatar los hechos, cuál era la línea que, en concepto del actor, debe bajar del alto de Juancho Ossa en dirección a los bordes en donde tuvo tabacal don Mariano Lotero, indicando en qué puntos quedan esos bordes; por qué punto preciso de la quebrada Herradura debió pasar la línea y cuál es el filo del Salvial, etc.

Como no se hizo esa determinación, juzga el Tribunal que había podido declararse la excepción de petición de modo indebido, por cuanto vendría a ser indeterminada la cosa cuya reivindicación se pide.

Pero luégo halla que en forma más o menos clara determinó el actor cuál era la línea divisoria de los predios en el hecho octavo de la demanda, que no se tachó en oportunidad de inepta. Por tanto, añade el sentenciador, bien pueden tomarse en consideración las pruebas producidas por Arango, en relación con el sitio que ocupaba el tabacal, con la piedra de danta, con el mojón cercano a la piedra quebrada, con el mojón del noro, con la puerta pesada, etc.

Concluye que también podrán tomarse en consideración las pruebas aducidas por el demandado, a fin de determinar que la línea debe pasar por puntos diversos, aunque tampoco hubiera hecho mérito de ella al contestar la demanda.

Invoca el recurrente la primera causal de casación, y afirma que el Tribunal incurrió en error manifiesto al apreciar el hecho octavo de la demanda, y en violación consecuencial del artículo 479 del Código Judicial, desde luégo que no declaró probada la excepción de petición de un modo indebido. Me parece, dice, que anotar los yerros de que adolece un lindero, indicando los puntos en donde se hallan radicados esos yerros, sin señalar por otra parte, los lugares distintos en donde debían situarse esos puntos, no es determinar la línea divisoria que se sostiene, ni siquiera en forma vaga, y, por lo mismo, el inmueble que se quiere reivindicar. Y es cosa que no exige demostración, que faltando la determinación de aquella línea, el inmueble queda indeterminado, y en tratándose de bienes raíces, la indeterminación de esos linderos es la base de la excepción, que no declaró el Tribunal.

Considera la Corte que este pleito tuvo por base la rectificación del lindero trazado en el juicio de deslinde que siguieron los dueños de las fincas de **Santa Rita** y **Arbolitos**. El actor demanda la reivindicación de una faja de la finca de **Santa Rita**, perdida a consecuencia de errores en la determinación e identificación de los puntos qe sirvieron para trazar la raya divisoria, y sobre esos extremos se trabó el litigio.

El terreno materia de la reivindicación fue determinado en la demanda, y en el hecho octavo se expresó que había habido errores en la identificación de los puntos que sirvieron para trazar la línea del deslinde anterior, especificando esos errores. El demandado negó la existencia de tales errores, y sostuvo la legalidad de la línea.

Sobre esos fundamentos se siguió el juicio, y las pruebas versaron precisamente sobre la identificación y determinación de los puntos de la línea, que eran elementos necesarios para la determinación del terreno materia de la acción reivindicatoria. Mal habría hecho el Tribunal si, desconociendo la naturaleza del litigio, hubiera declarado la excepción de petición de un modo indebido por indeterminación de la faja de tierra que se reivindica, desde luégo que sólo se trataba de fijar sobre el terreno la identificación de los puntos que la encierran. No prospera, pues, el primer motivo alegado.

Segundo motivo. El Tribunal acoge los testimonios de Miguel Posada y Jorge Montoya para dar por plenamente probado que las fincas de **Arbolitos** y **Santa Rita** lindan en el filo del **Salvial** en el punto que indica el mojón situado algunos metros abajo de la piedra grande de quebrada.

El recurrente tacha el testimonio de Miguel Posada, porque al ser preguntado, manifestó que no conocía ni había oído leer los títulos de la finca de **Santa Rita**. Es cosa más que evidente, dice el autor del recurso, que el testimonio de quien afirma conocer los linderos de un fundo y no conoce los títulos, y, por lo mismo, no sabe si los linderos de que trata el título son los mismos que él juzga saber, no reúne los requisitos legales. Al apreciar esa prueba, y al asignarle valor legal a ese testimonio, dice el autor del recurso, el Tribunal incurrió en error de hecho, en cuanto pasó por alto las explicaciones que lo hacen ineficaz, y de derecho, en cuanto le asignó ese valor, violando de consiguiente, el artículo 836 del Código Judicial, y el 607 de la misma obra, al dar a esa declaración el valor de plena prueba.

La Corte considera que la declaración de Posada sobre el punto concreto que dio por establecido el Tribunal, esto es, sobre la existencia del mojón en el alto del **Salvial**, no requería el conocimiento de los títulos de propiedad de la finca de **Santa Rita**. Posada dice que sabe que don Mariano Lotero comisionó a don Cesáreo Restrepo para que colocara los mojones en los puntos que acaba de indicar, porque lo presenció personalmente; que no vio poner los mojones, pero asegura que fueron colocados en los puntos que indicó don Mariano Lotero, pues presenció su señalamiento, y después vio los mojones en los lugares indicados.

Como se ve, Posada, lo mismo que Montoya, dio la razón de su dicho sobre el hecho que consideró probado el Tribunal, y no es el caso de desechar su testimonio por el motivo que el recurrente alega.

Tercer motivo. El Tribunal incurrió en error de hecho, por mala apreciación de la escritura por medio de la cual se adjudicó al demandado la finca de **Arbolitos** y de las anteriores a ésta, del dictamen pericial y de la confesión del actor, hecha por medio de apoderado; pruebas de las cuales aparece que el extremo norte de la línea divisoria, entre **Santa Rita** y **Arbolitos**, está en el alto del **Salvial** y nó en el mojón aceptado por el Tribunal. Lo que implica violación de los artículos 1757, 1759 y 1765 del Código Civil y 556 del Judicial.

Se considera:

El recurrente cita los linderos de la finca de **Arbolitos**, y allí no se menciona el alto del **Salvial**.

En la inspección decretada por el Tribunal, el apoderado de los señores Arangos manifestó, en relación con el punto cuestionado, que el mojón del filo del **Salvial**, o sea el que está cerca de la piedra quebrada, de que hablan los testigos de su parte, fue puesto después de la donación de don Mariano Lotero a don Antonio José Lotero, que cualquiera línea que deje de atender ese mojón es arbitraria.

En lo tocante a la exposición pericial, a que el recurrente se refiere, basta transcribir los párrafos en que los peritos hacen la distinción entre lo que se entiende por filo del **Salvial** y el **Alto del Salvial**, y cómo llegaron a la conclusión de que el extremo va al primero y no al segundo.

Dicen los peritos:

"Ante todo daremos una explicación:

"De la eminencia denominada **Cusumbí** se desprende en una dirección aproximada de Oriente a Occidente, un contrafuerte, que a bastante distancia de su origen, forma un alto, cerro o nudo, llamado **Alto del Salvial**; de allí continúa casi en la misma dirección, el filo del **Salvial**; y de ese mismo **Alto del Salvial** se desprende otro contrafuerte o colina, el más notable por su altura y formación de cuantos se desprenden de la cuchilla principal hacia la quebrada **Herradura**, la cual va a morir enfrente del borde que aceptamos como lindero en la banda opuesta.

"Para nosotros y para la generalidad, no es lo mismo **alto** que **filo**. El primero es un lugar más saliente que los circunvecinos, o el punto en que una montaña, colina o filo se inclina de un modo más recio. Mientras que **filo** se toma por el lomo de una de ellas. Esta diferencia se nota en la escritura de donación, donde se habló de alto de **Cusumbí**, del morro **Juancho Ossa** y del filo abajo.

"Mediante lo dicho afirmamos que la línea no llega al **Alto del Salvial**, por cuanto ese punto no se fija en la escritura, sino que se dice que la línea llega al filo; porque si en el ánimo del donante hubiera sido llevar el límite al alto, hubiera hecho mención, dada su altura, forma tan visible y el ningún peligro de confusión, para fijar la línea del lindero; de tal cuchilla, la cual muere en la quebrada, a donde llegan los bordes del lado opuesto, a su nacimiento, en el **Alto del Salvial**. Mas si prescindió de nombrar esa colina tan indicada para el fin, fue por cuanto el lindero no había de pasar por allí.

"Aunque hay testigos que afirman que esa línea sube al **Alto del Salvial**, su dicho no ha llegado a convencernos, bien por lo que acabamos de exponer, ya por cuanto no dan razón que satisfaga acerca de su conocimiento.

"Descartado de la discusión ese punto, o sea uno de los dos únicos materia en esa parte de la disputa, hay que aceptar, por exclusión, el mojón que está cerca a la piedra quebrada, tanto más cuanto que los testigos ancianos, presentados por la parte de Arango en el acto de la diligencia, afirmaron que ese mojón había sido

mandado colocar allí por el administrador de **Santa Rita**, Cesáreo Restrepo, de orden de don Mariano Lotero, en el tiempo en que hizo donación a Antonio José. Dos de los testigos allí presentes, afirmaron haberlos puesto personalmente desde entonces, y otros aseguraron haberle oído decir a don Mariano, que en ese punto debía ponerse el mojón."

No existe, pues, el error evidente que alega el autor del recurso, y por lo mismo, no está justificada la violación de los artículos de la ley que cita en este motivo.

Cuarto cargo. Cuando el Tribunal, dice el autor del recurso, al fijar el punto terminal de la línea en discusión, no paró mientes en los títulos de **La Clara**, que figuran en autos, incurrió en error de hecho.

Hace al respecto un examen del expresado título, para concluír que la línea debía terminar, no en el filo, sino en el **Alto del Salvial**. Pero a esto basta observar que el título invocado no menciona el **Alto del Salvial**.

Quinto cargo. Incurrió el Tribunal en error de hecho, al afirmar que no habiendo prueba para contrarrestar las declaraciones de los testigos de Arango, debe concluírse que el extremo de la línea limítrofe lo marca el mojón cercano a la piedra quebrada, y apreció erróneamente las siguientes pruebas que se hallan en el juicio: "de la primera diligencia de inspección (folio 104 vuelto, cuaderno de la primera instancia), en donde se afirma que el mojón puesto cerca a la piedra quebrada, dista siete u ocho cuadras del mojón que ordenó poner el Juzgado; de la de deslinde y amojonamiento (folio 42, cuaderno ibídem), en donde consta que el mojón colocado por el Juzgado se halla en el lugar a donde llega el filo que sube de **Peñoncitos** hsta el del **Salvial**; los títulos de **La Clara** y **Arbolitos**, según los cuales su lindero por el lado de que se trata, sube hasta el filo del **Salvial**, en el punto en donde nace el que baja a **Peñoncitos**, y las declaraciones de los testigos nombrados, en cuanto afirman que en el filo del **Salvial** fue clavado el mojón que ordenó el Juzgado, y que allí llegan los linderos de **La Clara** y **Arbolitos**."

Considera la Corte que todas las pruebas que cita el recurrente fueron analizadas por el Tribunal y tomadas en conjunto con otras de que se habló extensamente en la parte del fallo destinado al estudio de "cuál es el filo del **Salvial**," para llegar a la conclusión de que "no habiendo prueba alguna que pueda contradecir las declaraciones de los testigos presentados por Arango, debe deducirse que el lindero entre las fincas de **Arbolitos** y **Santa Rita**, en el filo del **Salvial**, lo marca el mojón que se halla a unas veinte varas abajo de la piedra grande quebrada."

Respecto de los testigos presentados por el señor Quijano, dice el Tribunal:

"Como se ve, aunque todos ellos dicen que conocen las fincas hace muchos años, ninguna fe merecen sus deposiciones sobre el punto en discusión, dada la forma como declararon. Es de observar que al ser repreguntados los testigos de Quijano, manifestaron no conocer ni el mojón ni la piedra grande quebrada."

Cuanto a los títulos de **La Clara** y **Arbolitos**, ya se ha visto que no tienen la claridad suficiente para decidir el punto, y por lo que atañe a la inspección ocular de la primera instancia, allí se habla de que a continuación se recorrió el filo del **Salvial** que baja del alto de **Cusumbí**, y luégo un mojón de piedra que existe a veinte varas de distancia, más o menos, abajo de una piedra quebrada.

Se dice también que este mojón está colocado como a unas siete cuadras abajo del mojón que colocó el Juzgado en el filo del **Salvial**, cuando se hizo el amojonamiento en el juicio de deslinde. Precisamente la identificación del primer mojón, fue la que el Tribunal halló plenamente probada con las declaraciones de Jorge Montoya y Miguel Posada, acusadas sin éxito, como se ha visto en otro paso de este fallo. Además, el Tribunal apreció otras pruebas para llegar a la conclusión sobredicha, que no han sido tachadas de erróneas.

Sexto cargo. El Tribunal opone cinco declarantes que dicen que el filo del **Salvial** queda siete cuadras abajo del potrero cubierto de india y de guinea a las siguientes pruebas:

a) Los testimonios de Inocencio Sánchez, Sebastián Bustamante, Francisco G. Sánchez, Ramón González, Pedro P. Gaviria, Juan de J. Restrepo, Lisandro Franco, Sotero González, Manuel J. Gómez, quienes afirman que el **Alto del Salvial** se halla en el extremo norte del alambrado construído después del juicio de deslinde, y que el filo que de allí se desprende hacia la quebrada **Peñoncitos**, que es el que separa **La Clara** de los terrenos de **Arbolitos**. Dichos testigos dan la razón de su dicho, en sentir del recurrente, y al ser repreguntados, se reafirman en sus declaraciones; y

b) Los títulos de **Arbolitos** y **La Clara**, que llevan sus linderos hasta el **Alto del Salvial**.

Al proceder así, concluye el autor del recurso, el Tribunal incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de aquellos testimonios y títulos, y también de derecho, en cuanto a los primeros, acarreando violación de los artículos 75 de la Ley 105 de 1890 y 91 de la Ley 153 de 1887.

Considera la Corte que el Tribunal desechó los testimonios que cita el recurrente, porque, en su concepto, ninguna fe merecen sus deposiciones sobre el punto en discusión, dada la forma en que declararon. Es de observar, anota el Tribunal, que al ser repreguntados los testigos de Quijano, manifestaron no conocer ni el mojón ni la piedra grande quebrada. Basta leer las repreguntas a que el sentenciador se refiere para verificar la exactitud de esta afirmación.

Ahora bien: no puede tacharse de error evidente la desestimación que el sentenciador hizo de tales testimonios, y mucho menos aceptarse que infringiera el artículo 75 de la Ley 105 de 1890, por el hecho de haber acogido otros testimonios que, de conformidad con las reglas de la crítica legal, se ajustan más a la verdad.

Por lo que concierne al artículo 91 de la Ley 153 de 1887, aparte de que las escrituras que cita el recurrente no son claras, respecto de los puntos discutidos, es de observar que de lo que se trata es de identificar sobre el terreno tales puntos, lo que no es contrariar por medio de testigos las escrituras.

Séptimo cargo. Incurrió el Tribunal en error de hecho en la apreciación del título o títulos de **Santa Rita**, porque en vez de trazar una recta directa de **La Herradura** al filo del **Salvial**, aproximadamente perpendicular al mismo, es decir, por la derecera, trazó otra que no corresponde a la derecera de que hablan los títulos.

Cita el recurrente los linderos de tales títulos, que en la parte pertinente, dicen así:

"De la quebrada de **La Herradura**, por derecera, al filo del **Salvial**."

En la sentencia del Tribunal, donde apenas se concede una parte de la zona cuya reivindicación se pide, se fija como uno de los linderos de esa parte:

"De la quebrada de **La Herradura**, por todo el cerco de alambre construído por el señor Quijano, al filo del **Salvial**."

La línea de que trata la sentencia no es quebrada, es una sola línea que va de un punto a otro, pero según el razonamiento del recurrente, esa línea es oblicua, y en su sentir, debe ser perpendicular, aproximadamente al menos, a **La Herradura** y al filo, puesto que éstos son paralelos.

Todo este razonamiento estriba en la palabra derecera, empleada en el título; pero basta observar que la recta de un punto a otro rara vez es perpendicular, que es única con relación a las oblicuas.

Octavo cargo. Por las mismas razones expuestas en el punto anterior, el Tribunal incurrió en error de derecho y violó el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, cuando admitió que testigos pudiesen alterar los términos de los títulos de **Santa Rita**. De esos títulos aparece, como queda expresado, que siguiendo la derecera no puede llegarse a un punto siete u ocho cuadras abajo del **Alto del Salvial**, y si los declarantes sitúan aquel punto lejos del lugar a donde el lindero llega, siguiendo la derecera, y lo aceptó el Juzgado, se obró contra las voces de los expresados títulos.

Este reparo queda contestado con lo dicho antes, esto es, que los testigos fueron admitidos para identificar sobre el terreno los puntos que rezan los títulos.

El apoderado del demandante funda también el recurso, y hace a la sentencia los siguientes cargos:

Primer cargo. Incurrió el Tribunal, dice el autor del recurso, en error de hecho evidente en la apreciación de estas pruebas:

"**a)** Dictamen de los peritos doctores Agustín Villegas y Clímaco A. Paláu, que intervinieron en la inspección ocular practicada por el Tribunal el veinticuatro de marzo de mil novecientos veintiséis (folios 73 y siguientes, cuaderno de pruebas del demandado en la segunda instancia).

"**b)** Declaraciones rendidas en la primera instancia del juicio por los testigos señores Pedro Restrepo, Juan Tamayo, Miguel Posada, Ildefonso Berrío y Jorge Montoya (folios 70 y siguientes, cuaderno principal).

"**c)** Declaraciones rendidas en la segunda instancia por los testigos señores Pedro Restrepo, Miguel Posada y Jorge Montoya (cuaderno de pruebas del demandante).

"**d)** Declaraciones rendidas ante el Juez Municipal de Armenia en el año de mil novecientos dos, por los señores Rafael Echeverri, Angel María Ossa, Ricardo Arango y Jorge Muñoz (cuaderno de pruebas del demandante).

"**e)** Declaraciones rendidas en la segunda instancia del juicio, por los testigos Miguel Posada, Ildefonso Berrío, Sandalio Ardila, Pedro Restrepo, Ramón Ossa, Jenaro Restrepo, Jorge Montoya y Nepomuceno Gómez (cuaderno de pruebas del demandado)."

Expone que con estas pruebas está demostrado que la línea divisoria entre **Santa Rita** y **La Montañita** arranca, no del alto de **Juancho Ossa**, como lo entendió el Juez de la diligencia de deslinde, sino de un punto intermedio entre **Juancho Ossa** y el borde, donde hubo un tabacal, de que hablan los linderos de **Santa Rita**, punto señalado en el terreno con un mojón que don Mariano Lotero hizo colocar al pie de un árbol llamado **noro**. De modo que al no admitir el sentenciador que el punto mencionado, marcado sobre el terreno con el mojón al pie de dicho árbol, sea lindero entre los terrenos de **La Montañita** y **Santa Rita**, desatendió, incurriendo con ello en error evidente, las pruebas mencionadas.

En puntos posteriores hace el recurrente el examen detenido de las pruebas que cita, como mal apreciadas por el Tribunal, y se estudiarán a su tiempo.

Segundo cargo. Estima que el Tribunal infringió el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, por indebida aplicación, al desechar los testimonios aducidos para establecer que un lindero pase por determinado punto, con el objeto de aclarar los términos de una escritura que aparece oscura al respecto, y ni el artículo 91 citado por el Tribunal, ni disposición legal alguna prohiben la admisión de testigos para este fin.

Se considera:

En otro paso de este fallo se dijo que el hecho de identificar sobre el terreno, por medio de testigos, los que como bases de las líneas que circunscriben un predio, señalan las escrituras públicas, no era en ningún caso ir contra lo que rezan tales escrituras, sino, por el contrario, un medio, casi siempre indispensable, para que tengan cumplido efecto. Se trataba del filo del **Salvial**, de que hablan las escrituras, y había discrepancia entre las partes sobre la situación de ese filo en el terreno. Había que recurrir necesariamente a otras pruebas, inclusive la de testigos, para identificar ese punto sobre el terreno.

Pero en el caso que se estudia no ocurre lo mismo. El Tribunal manifiesta que la escritura de mil ochocientos setenta y cuatro, perteneciente a don Antonio José Lotero, no habla de mojón que estuviera al pie de un noro. Dice el sentenciador:

"Si se admitieran testigos para comprobar que el lindero baja del alto de **Juancho Ossa** al mojón que se halla situado al pie de un noro, o se admitiera que don Mariano Lotero ordenó clavar ese mojón, se admitirían testigos contra escritura pública, siendo así que ésta indica el lindero en línea recta del alto de **Juancho Ossa** al borde donde tuvo tabacal don Antonio José Lotero."

No se ve razón ninguna, dice el sentenciador, para que don Mariano Lotero hubiera hecho clavar un mojón ni en un botón de peña derrumbado, que el actor entiende que formaba el borde del tabacal, ni mucho menos al pie de un noro, separándose en este último caso de la línea indicada.

Como se ve, el Tribunal, para desechar los testimonios, tuvo en cuenta que éstos iban contra los términos de una escritura pública, y se atuvo a ésta en el caso ocurrido; y si es verdad que no cuadra bien la aplicación a tal caso del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, no por ello el procedimiento del Tribunal es censurable, desde luégo que no hay error al preferir como prueba las voces de un instrumento público a las declaraciones de testigos que van contra ellas. De acuerdo con el concepto que se deja atrás expuesto, dice el Tribunal:

"Se podrían, en cambio, admitir esas declaraciones, si los testigos indican que el botón de peña es el borde a que se refiere la escritura."

Cargos tercero, cuarto y quinto. Conceptúa el recurrente que el Tribunal ha debido admitir como plenamente establecido, que el punto marcado sobre el terreno, al pie de un noro cerca de **Puerta Pesada**, en el extremo superior de la cuchilla del **Balsal**, es el punto en donde empiezan a lindar, de Sur a Norte, las fincas de

Santa Rita y Montañita. Al no hacerlo así, incurrió en error de derecho en la apreciación de las declaraciones de testigos y del dictamen pericial que a ellas se refieren, violando así los artículos 607, 541 del Código Judicial, y 79 de la Ley 105 de 1890.

No es exacta, dice el recurrente, la afirmación del Tribunal, de que el dictamen de los peritos pierda en gran parte su valor, por estar fundado en declaraciones de testigos que, según el Tribunal, no deben tenerse en cuenta. Aun descontando tales declaraciones, el dictamen aparece fundado en otras pruebas y en la observación personal de los mismos peritos, luego el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación del dictamen.

Es verdad, dice el recurrente, que los testigos cuyas declaraciones ha citado, hablan de la **Puerta Pesada** unas veces, y otras del mojón situado al pie de un noro, como indicativos del punto por donde pasa el lindero que viene del alto de **Juancho Ossa**; pero de allí no se puede deducir que los testigos se refieran en sus declaraciones a dos líneas distintas, porque a todo lo largo del proceso aparece que la **Puerta Pesada** o el punto conocido con este nombre, se halla cercano al mojón del noro; que todas las personas que han intervenido como partes, testigos y peritos, se han referido a estos dos puntos indistintamente, sin dar importancia a la distancia que los separa; que la **Puerta Pesada** o el mojón del noro son los nombres que se han dado al punto en donde el demandante sostiene que empieza a lindar **Santa Rita** con **La Montañita**. El Tribunal incurrió, pues, en error de hecho evidente en la apreciación de las declaraciones de los testigos que se refieren al punto de que se trata.

Considera la Corte que la sustancia de este pleito estriba en la aclaración de los linderos de la finca de **Santa Rita**, cuyo título más antiguo es la escritura número 320, otorgada en Medellín el veintisiete de julio de mil ochocientos setenta y cuatro, por la cual don Mariano Lotero hizo donación a su hijo Antonio José Lotero de un lote de terreno situado en el paraje de **La Herradura**, Distrito de Heliconia, demarcado así:

"De un mojón que está en el alto de **Cusumbí**, por todo el camino hasta donde comienza la loma que viene de abajo, donde se pondrá un mojón; de aquí, filo abajo, hasta el morro llamado de **Juancho Ossa**, donde se pondrá otro mojón, buscando la derecera de un borde, donde tuvo un tabacal el donatario; este borde abajo, hasta la quebrada de **La Herradura**, y de allí por derecera, al filo del **Salvial**, donde se pondrá otro mojón, y filo arriba hasta el primer lindero."

Los sitios sobre el terreno en donde se hallaba el tabacal de don Antonio José Lotero, y en que existe el borde a que se refiere la escritura, fueron motivo de reñida controversia entre las partes, y a cada punto dedicó el Tribunal extenso razonamiento en la sentencia.

Por lo que respecta al mojón controvertido, que se afirma hallarse al pie de un noro, el Tribunal se acogió a las voces de la escritura para desechar la prueba en contrario, esto es, comparó las probanzas y dedujo que no estaban en lo cierto las que contradecían la escritura.

Dice el sentenciador:

"3º Si se admitieran testigos para comprobar que el lindero baja del alto de **Juancho Ossa** al mojón que se halla situado al pie de un noro, o se admitiera que don Mariano Lotero ordenó clavar ese mojón, se admitirían testigos contra escritura pública, siendo así que ésta indica el lindero en línea recta del alto de **Juancho Ossa** al borde donde tuvo un tabacal don Antonio José Lotero. Este borde lo señalaron los testigos en la diligencia de inspección ocular que practicó el Juez, diciendo que lo constituía un botón de peña derrumbado, que se halla a alguna distancia del mojón al pie del noro. Si ese botón de peña derrumbado es el borde (folio 103 vuelto), quedaría modificado el tenor literal de la escritura, si se admitiera que el lindero lo marca el mojón y no ese botón de peña."

No existen, pues, los errores de hecho evidente a que se refiere la acusación anterior, desde luégo que hubo una apreciación en conjunto de las pruebas, y el Tribunal decidió de acuerdo con los términos de una escritura pública.

Cargos sexto, séptimo, octavo y noveno. Como se ha visto, uno de los puntos más reñidos de la controversia ha sido el de determinar la situación del borde donde tuvo un tabacal don Antonio José Lotero, y por el cual pasa la línea que, buscando la derecera, baja del mojón colocado en el alto de **Juancho Ossa** a la quebrada de **La Herradura**, según reza la escritura número 320, de mil ochocientos setenta y cuatro.

El recurrente acusa la sentencia, porque el Tribunal incurrió en contradicción, desde luégo que de acuerdo con dicha escritura, el lindero debe pasar por un borde, y en la línea que sostiene el demandante Quijano, acogida por el sentenciador, como más acorde con dicha escritura, no hay borde alguno. El Tribunal, concluye el recurrente, incurre de este modo en error de hecho evidente en la apreciación del mencionado instrumento.

Conceptúa también el recurrente que, al no hallar el Tribunal, que entre el mojón del noro y la quebrada de **La Herradura**, por donde el demandante sostiene que pasa la línea divisoria entre las dos propiedades, exista **algo** que pueda ser el borde a que se refirió la escritura de donación de mil ochocientos setenta y cuatro, incurrió en error de hecho evidente en la apreciación del dictamen de los peritos Agustín Villegas y Clímaco A. Paláu; declaraciones de los testigos Restrepo, Tamayo, Posada, Berrío, Gómez y Montoya; inspección ocular practicada por el Tribunal el siete de marzo de mil novecientos veintiocho, inspección ocular practicada por el Juez el dos de septiembre de mil novecientos veinticuatro. Tal error implica la violación de los artículos 541, 607, 733 del Código Judicial, y 79 de la Ley 105 de 1890; pues que estando establecida la verdadera situación del borde a que se refiere la escritura número 320, de mil ochocientos setenta y cuatro, con las pruebas mencionadas, el Tribunal entendió que no estaba determinado ese borde, con lo cual incurrió en error de derecho en la apreciación de esa prueba, y violó los artículos que se dejan citados.

Considera la Corte que nada hay en el proceso más dudoso que la verdadera situación del borde de que habla la escritura de mil ochocientos setenta y cuatro. El Tribunal dedicó ocho páginas de su sentencia al estudio de este punto, analizando todas las pruebas aducidas al respecto, y concluyó exponiendo que no habiendo claridad alguna acerca del referido borde, es preciso estarse a la diligencia de deslinde practicada por el Juez, y debe concluírse que la línea divisoria entre las fincas de **Santa Rita** y **Arbolitos**, párte del alto de **Juancho Ossa** en dirección a una colina, cerca de la cual hubo un tabacal de don Antonio José Lotero (posteriormente de don Mariano Lotero), y baja por allí a la quebrada de

La Herradura. Esto es, tomó una de las indicaciones de la escritura de mil ochocientos setenta y cuatro, para inclinarse a sostener la línea trazada por el Juez; pues no debe olvidarse que la escritura dice: "**un borde** donde tuvo un tabacal el donatario (Antonio José Lotero)."

Y tan grande es la incertidumbre, que la misma acusación lo demuestra, desde luégo que el recurrente llama error el que el Tribunal hubiera desconocido que entre el mojón del noro y la quebrada de **La Herradura** exista **algo que pueda ser** el borde a que se refirió la escritura de donación de mil ochocientos setenta y cuatro.

En el cargo señalado con el numeral noveno, sostiene el recurrente que tanto el Tribunal como los peritos y testigos, sostienen que en el trayecto por donde, según el demandante, debe pasar la línea divisoria, existen accidentes del terreno que pueden llamarse bordes, sea que se denominen botones de peña, volcanes, parches, terreno peñascoso, etc., y que el Tribunal, al no entenderlo así, incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de las declaraciones, inspección ocular y exposición de los peritos de que se ha hablado.

Observa la Corte que esta acusación corrobora lo dicho anteriormente, desde luégo que, suponiendo que existan los accidentes del terreno que puedan llamarse bordes, eso no autoriza para afirmar que tales accidentes sean el **borde** de que habla la escritura de mil ochocientos setenta y cuatro; pudo ser indicio para sostener esa conclusión; pero de allí a sostener un error evidente en el Tribunal por no haber tomado esos accidentes del terreno como el referido borde, hay una distancia inmensa.

Cargos décimo y undécimo. Con respecto a la situación del tabacal que tenía el donatario Antonio José Lotero, y de que habla la escritura de mil ochocientos setenta y cuatro, estima el recurrente que el Tribunal, en lugar de desechar las declaraciones de testigos, por haber contradicción entre ellas, debió aplicar el artículo 75 de la Ley 105 de 1890. Si el sentenciador hubiera procedido en consonancia con lo que tal disposición prescribe, habría encontrado que dicen la verdad o se acercan más a ella los testigos que declaran en favor de la línea sostenida por el demandante. Esas declaraciones están más en armonía con lo que resulta de las otras pruebas del proceso, y principalmente de la exposición de los peritos, doctores Jaramillo y Paláu, y con lo observado en las varias inspecciones oculares practicadas en las dos instancias del juicio. Como no lo hizo así el Tribunal, incurrió en error de derecho en la apreciación de tales declaraciones, y violó directamente el artículo mencionado.

Se considera:

El Tribunal estudió todas las pruebas aducidas en el juicio para la identificación del punto donde tuvo un tabacal don Antonio José Lotero, según reza la escritura de mil ochocientos setenta y cuatro, y luégo de concluír que respecto de todos los testigos aducidos por las partes con tal fin, ninguno había declarado sobre hechos concretos, sino de un modo general, se apoyó también en la contradicción de las mismas partes para desechar las pretensiones de la que representa el recurrente.

Dice así el sentenciador:

Llaman la atención del Tribunal algunas de las pretensiones de las partes que en el fondo resultan en desacuerdo absoluto con lo que cada uno de ellos alega; el título que Arango invoca se halla en discrepancia con el acto de posesión del tabacal; lo mismo ocurre a Quijano. Va a verse tan curiosa contradicción:

"En efecto, si la línea que sostiene el demandante Arango baja directamente del alto de **Juancho Ossa** al botón de peña de borde calificado, y si el tabacal quedaba en la parte inferior de **Buenavista,** entre la **Puerta Pesada** y ese botón de peña, quedaría a un lado de esa línea recta el terreno en que Arango dice que tuvo tabacal don Mariano Lotero, terreno que pertenecía a la finca de **Arbolitos,** la cual se prolongaría en ángulo agudo al alto de **Juancho Ossa,** por entre la **Puerta Pesada** y ese botón de peña. Entonces mal pudo pretender Arango ser dueño del terreno ocupado por ese tabacal, ni probar actos de posesión de los Loteros sobre ese tabacal después de mil ochocientos setenta y cuatro, actos posesorios que se hallarían en desacuerdo con las voces de la escritura de mil ochocientos setenta y cuatro.

"Si la línea que sostiene el demandado Quijano es la que pasa por el borde de una cuchillita que se desprende del alto de **Juancho Ossa** hacia la quebrada **Herradura,** ciertamente el terreno ocupado por el tabacal en la parte superior del potrero de **Buenavista,** pertenecería a la finca de **Arbolitos**. Sin embargo, si de mil ochocientos setenta y cuatro para acá, siguió cultivando el tabacal el señor Antonio José Lotero, y luégo siguió cultivándolo don Mariano Lotero, de mil ochocientos ochenta y uno a mil ochocientos ochenta y seis próximamente, no se ve por qué ha pretendido probar el señor Quijano que los Loteros trabajaron después de mil ochocientos setenta y cuatro dicho tabacal, porque resulta entonces que lo cultivaron en terreno de la finca **Arbolitos.**

"En uno y otro caso, los actos de posesión ejecutados por los Loteros después de mil ochocientos setenta y cuatro en el cultivo del tabacal, se hallarían en desacuerdo evidente con el título de la finca **Santa Rita,** lo que resulta extraño.

"Y si se dijere que después de mil ochocientos setenta y tres no ejecutaron actos de dominio los Loteros en el consabido tabacal, no se ve cómo pueda trabajar en ese tabacal Ramón Guirales, quien tendría entonces un año de edad."

Como se ve, no fue sólo la vaguedad y las contradicciones de los testimonios lo que tuvo en cuenta el sentenciador para desechar las pretensiones de la parte demandante, sino el examen de los títulos y los mismos asertos de los litigantes.

Cargos duodécimo y duodécimo bis. Sostiene el recurrente que al afirmar el Tribunal como hecho indiscutible que el filo del **Balsal** se extiende desde el alto del **Contento** hasta el alto de **Juancho Ossa,** y que, por lo mismo, el lindero de la finca de **Arbolitos** sube hasta este último alto, incurrió en error evidente al apreciar la prueba pericial.

Dice el recurrente que los títulos de las otras fincas en que se dividió la primitiva propiedad de don Mariano Lotero, que figuran en el juicio, hablan expresamente del alto de **Juancho Ossa,** hasta el cual hacen llegar los linderos; no sucede lo mismo con el título de **Arbolitos;** si el lindero de esta finca se hubiera querido llevar hasta **Juancho Ossa,** se habría nombrado este punto. Véase en efecto la escritura de donación de **Santa Rita** (folio 37, cuaderno principal), la hijuela de adjudicación de **Balsal de Lara,** en la sucesión de doña María Antonia Vélez de Lotero (folio 26 del mismo cuaderno), y la adjudicación de **Montañita** (folio 46 ibidem). El Tribu-

nal, concluye el autor del recurso, incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de esos títulos.

Observa la Corte que en detenido razonamiento, el Tribunal examinó los títulos a que el recurrente se refiere, para apartarse del concepto de los peritos y llegar al convencimiento de que el lindero de la finca de **Arbolitos** con la de **Santa Rita**, sube hasta el alto de **Juancho Ossa**.

Después de descartar el título del **Balsal de Lara**, como ilustrativo de los linderos entre las fincas de **Arbolitos** y **Santa Rita**, en lo que se refiere a una puerta de que habla ese título, razona así el sentenciador:

"Puede en seguida formularse esta pregunta: si la finca del **Balsal** queda al lado sur del filo del **Balsal**, y si la finca de **Arbolitos** queda al costado norte de ese mismo filo, de manera que el filo del **Balsal** divide las dos fincas; y si la finca del **Balsal** sube, según los títulos, hasta el alto de **Juancho Ossa**, ¿tomaría la colina que desciende del alto de **Juancho Ossa** hacia el alto del **Contento** el nombre de filo del **Balsal**, por separar antiguamente los potreros de **Balsal** y **Arbolitos**, que hoy forman las fincas de **Arbolitos** y **Balsal** por el mismo filo divididas? Si esto es así, surge evidentemente la conclusión de que el filo del **Balsal** arranca del alto mismo de **Juancho Ossa**, con éste nombre, hasta el alto del **Contento**."

Sostiene el apoderado de Arango que el filo del **Balsal** empieza unos 300 o 500 metros más abajo del alto de **Juancho Ossa**, de la **Puerta Pesada** para abajo hacia el alto del **Contento**. Suponiendo que esto fuese exacto, ello probaría que la finca de **Arbolitos** sube hasta el alto mismo de **Juancho Ossa**, porque según el título de la finca de **Arbolitos**, ésta linda con la de **Santa Rita**, que fue de Antonio José Lotero, **"atravesando la quebrada 'Herradura' a buscar el filo que viene del Balsal,"** es decir, que viene de abajo para arriba. Así lo entendió el Juez que actuó en la diligencia de deslinde, y así en la diligencia de amojonamiento se lee:

"..... Los empleados, peritos e interesados en la diligencia de deslinde, y cerciorados por su identidad, por ser allí donde termina un filo que viene de **Lara (Balsal de Lara)**, donde llega el filo que viene de la puerta del alto del **Contento** y donde llega el filo que párte de donde comienza la loma que viene de abajo, a que se refiere la escritura de folio 21, el Juez, de acuerdo con los peritos, ordenó fijar en el alto de **Juancho Ossa** un mojón de piedra, que marca el punto de partida de la línea a que se refiere el deslinde."

Y si al contrario se quiere entender que el filo viene de arriba hacia abajo, es decir, del alto de **Juancho Ossa** hacia el alto del **Contento**, es inaceptable que el filo del **Balsal** sólo arranque de la **Puerta Pesada** hacia abajo, porque el título dice: **"atravesando la quebrada 'Herradura' a buscar el filo que viene del Balsal."** Si viene de arriba para abajo, es claro que no puede aceptarse que el filo del **Balsal** se halle 300 o 500 metros más abajo del alto de **Juancho Ossa**, en las inmediaciones de la **Puerta Pesada**, porque el título habla no dél filo del **Balsal** sino del "filo que viene del **Balsal**."

Interprétese el filo, ora del alto del **Contento**, ascendiendo hacia el alto de **Juancho Ossa**; ora descendiendo de éste a aquél, es de todo punto insostenible que el filo del **Balsal** empiece de la llamada **Puerta Pesada** para abajo, como acaba de evidenciarse, examinando cualquiera de las dos hipótesis.

En definitiva, queda como indiscutible el hecho de que el filo del **Balsal** se extiende desde el alto del **Contento** hasta el alto de **Juancho Ossa**.

En consecuencia, no se ve por qué razón suba la finca de **Arbolitos** hasta el alto mismo de **Juancho Ossa**, ya que, según lo razonado, el filo del **Balsal** no es precisamente el punto en donde antiguamente hubiera una puerta pesada, a 300 metros más o menos del alto de **Juancho Ossa**. El filo del **Balsal** se extiende, según lo demostrado, desde el alto de **Juancho Ossa** hasta el alto del **Contento**."

En vista de lo expuesto, no cabe tildar de evidentemente errónea, la apreciación de los títulos que, comparándolos y estudiándolos lógicamente, hizo el sentenciador, ni menos aún considerar que debió preferirse un dictamen pericial para aclarar un punto que el sentenciador desentrañó de las voces de las escrituras y de otras pruebas que figuran en el proceso.

Cargos décimotercero y décimocuarto. Dice el recurrente que aparece debidamente comprobada la posesión del demandante sobre el terreno en litigio. Y al no entenderlo así el Tribunal, incurrió en error de derecho en la apreciación de las declaraciones de testigos que así lo aseveran, y de la contestación al hecho séptimo de la demanda, por el cual el demandado convino en que después del deslinde practicado entre las fincas de **Arbolitos** y **Santa Rita**, el Juez hizo retirar algunos trabajos de Arango que estaban en la zona de terreno que, conforme a la línea trazada, correspondió a Arango. Este error condujo al Tribunal, dice el recurrente, a violar los artículos 541, 556 y 607 del Código Judicial.

Si el Tribunal, añade, encontró deficientes los títulos, declaraciones de testigos y demás pruebas aducidas por el demandante, ha debido tener en cuenta la posesión que éste alegó y probó, ya como elemento ilustrativo, si de lo que se trataba era de establecer la línea divisoria entre las fincas de **Arbolitos** y de **Santa Rita**. Nada se oponía a que el Tribunal, a falta o por deficiencia de otros títulos, reconociera al señor Arango derecho de dominio sobre la totalidad del terreno que se ha propuesto reivindicar, por haberlo poseído con las condiciones legales por más de cuarenta años. No tiene razón el Tribunal, concluye el recurrente, cuando afirma que cualquier acto posesorio que se haya querido acreditar carece de importancia en el debate. El sentenciador, al entenderlo así, incurre en error de derecho en la apreciación de las pruebas mencionadas en el aparte anterior, y violó el artículo 2518 del Código Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito, siendo el caso de hacerlo.

Se considera:

Suponiendo que se hubieran probado actos de posesión sobre los terrenos en disputa por parte del señor Arango, no era obligatorio para el Tribunal tenerlos en cuenta como elemento ilustrativo para variar la línea del deslinde, si de otro lado, del examen de los títulos halló que parte de tales terrenos no pertenecían al demandante. Es cierto que en defecto de los títulos puede ser dato aprovechable para fijar un lindero la posesión que aleguen los interesados; pero en todo caso prefieren las voces de los títulos.

Por lo que respecta al artículo 2518 del Código Civil, basta observar que la prescripción no ha sido materia del litigio.

Por el análisis que se ha hecho de la acusación del recurrente, se llega a la conclusión de que el Tribunal no

halló probado el derecho de dominio alegado por el actor sobre la totalidad del terreno que ha sido materia de la reivindicación, y que, por lo mismo, no se han violado los artículos 669, 946 y 950 del Código Civil, que el autor del recurso considera violados en el cargo décimoquinto, por no haber ordenado el sentenciador la entrega de todo el terreno demandado.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal de Medellín el veinticinco de abril de mil novecientos veintiocho.

Sin costas, por ser ambas partes recurrentes.

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

JUAN N. MENDEZ—**Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Manuel V. Jiménez).

Vistos:

El veinticuatro de abril de mil novecientos cinco, ante el Juez 2º del Circuito de Ocaña, Justo Márquez presentó una demanda contra Angustias Quintero, para que se declarara que él tiene mejor derecho a la posesión de los terrenos denominados **El Carrizal,** y para que se condenara a la demandada a pagarle los perjuicios provenientes de la oposición que ella ha hecho a los derechos alegados por el actor. En el escrito respectivo determina los linderos del inmueble, y expresa los hechos fundamentales de la demanda.

Esta sirvió de base al juicio ordinario, y algún tiempo después, el dos de abril de mil novecientos trece, el apoderado del demandante adicionó y corrigió la demanda anterior, y de esta adición se corrió el traslado correspondiente al apoderado de la parte demandada. El actor se expresó así:

"..... adiciono y corrijo la demanda presentada, en el sentido de fundar el derecho del demandante, además del indicado en la demanda referida, en haber ganado mi poderdante el dominio del terreno de la disputa, por prescripción ordinaria y hasta extraordinaria.

"En subsidio, y para el caso remoto de que usted no haga la declaratoria que en la demanda se pide, solicito resuelva usted que es comunero en el relacionado terreno **Carrizal** mi poderdante, en los derechos y acciones adjudicados a su vendedor Rodelindo Márquez, en el juicio de sucesión de Norberto Blanco....."

Surtidos los trámites judiciales, el Juzgado pronunció la sentencia de fecha diez y ocho de septiembre de mil novecientos diez y ocho, por la cual absolvió a la demandada Angustias Quintero de todos los cargos de la demanda.

El demandante propuso el recurso de apelación, y a virtud de éste, el Tribunal Superior de Pamplona, el veintiuno de julio de mil novecientos veintidós, confirmó la sentencia, y, además, declaró haberse probado la excepción perentoria de prescripción, alegada por la parte demandada.

Contra este fallo recurrió en casación el personero de la parte demandante, quien alegó las causales 2ª y 1ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896. Como el recurso fue propuesto en tiempo, y reúne los requisitos legales, la Corte lo declara admisible.

En relación con la segunda causal, alega el recurrente que el Tribunal "se abstuvo de fallar en la sentencia recurrida la petición que hizo el demandante Márquez, de que en subsidio se le declarara comunero en el predio **Carrizal,**" y que no se deduce de la parte motiva ni de la resolutiva de la sentencia, que el juzgador haya tenido en cuenta esta acción subsidiaria, ni siquiera para dejarla definida de modo implícito en el fallo.

Observa la Corte:

Realmente, el Tribunal no tomó en consideración la petición subsidiaria, comoquiera que nada dijo al respecto en la parte motiva de la sentencia. Si se replicare que por cuanto confirmó el fallo de primera instancia, que absolvía a la demandada de todos los cargos de la demanda, dejó decidida esa cuestión, es muy fácil desvanecer tal argumento, teniendo en cuenta que la providencia confirmada tampoco la examinó, y que la sentencia del Tribunal se apoya en razones distintas de las que adujo el Juez. Lo que hizo el Tribunal fue declarar probada la excepción de prescripción que invocó la demandada, no obstante haber sido el actor quien apeló del fallo de primera instancia, y sin examinar previamente si las acciones principal y subsidiaria debían prosperar o nó.

Para excusarse de resolver estas dos cuestiones fundamentales del litigio, el Tribunal se dedicó a examinar si la demandada había demostrado el cumplimiento de la prescripción, y no podía declarar probadas las excepciones perentorias, sin estudiar los fundamentos de las acciones y resolver sobre ellas.

En otras ocasiones ha dicho la Corte:

"Cierto es que la sentencia del Tribunal es absolutoria, y cierto también que la Corte tiene resuelto que el fallo absolutorio resuelve todas las cuestiones debatidas y guarda armonía con lo pedido, pero esa doctrina ha de entenderse, como lo anota la misma Corte, cuando el sentenciador estudia todas las cuestiones propuestas, pues cuando deja de considerar alguna, no puede decirse que la haya fallado, aun cuando la sentencia sea absolutoria." (Casación de ocho de octubre de mil novecientos veinte. **Gaceta Judicial,** tomo XXVIII, febrero once de mil novecientos veintiuno).

"Cierto es que tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda fueron ampliamente absolutorias, y cierto es que la jurisprudencia ha considerado que esa absolución resuelve todas las peticiones de la demanda, pero esa doctrina ha de entenderse con las limitaciones que la misma Corte ha señalado, porque aunque la sentencia sea absolutoria, si no estudia una o varias de las cuestiones propuestas, ha de entenderse que no se fallaron." (Casación de diez y siete de noviembre de mil novecientos veinticuatro. **Gaceta Judicial,** tomo XXXI, enero veintisiete de mil novecientos veinticinco).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de fecha veintiuno de julio de mil novecientos veintidós, y dispone que se envíe el ex-

pediente al mismo Tribunal para que dicte un fallo no deficiente.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial.

JOSE MIGUEL ARANGO—Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

José David Delgado obtuvo título de propiedad de la mina denominada **Pureto**, de aluvión de oro y platino.

Fulgencio Benítez y Roso López, en el año de mil novecientos veinte, denunciaron "el exceso que resulte por el cálculo para pagar el impuesto de dicha mina."

Delgado se opuso a la posesión que iba a darse a los denunciantes de los excesos. El Juez lo declaró actor, y por ello estableció demanda contra Benítez y López para que se declarara:

"Que Delgado no solamente tiene mejor derecho a todas las pertenencias de la mina **Pureto**, como descubridor de ella, anterior a los demandados, sino también que debe ser amparado y conservado en este derecho por las autoridades públicas, y que los señores Benítez y López A. están desprovistos de todo derecho para adquirir los excesos de dicha mina, y, en consecuencia, para que se les dé posesión de tales excesos."

Posteriormente fue introducida, con carácter de subsidiaria, esta otra petición:

"Que son absolutamente nulas las actuaciones del personal que desempeñó la Alcaldía Municipal de Tadó, en los días (no se dice cuáles), en las diligencias preliminares de la posesión que iba a darse a los demandados de excesos de la mina **Pureto**, y que no se les dio por la oposición que hizo el actor."

El Juez falló:

"Los señores Fulgencio Benítez y doctor Roso López A. están desprovistos de todo derecho para adquirir los excesos de la mina **Pureto**, adquirida por José David Delgado, a virtud del título de primero de julio de mil ochocientos noventa y tres, expedido por el Gobernador del Departamento del Cauca, y perteneciente hoy a su sucesor Moisés Delgado M. En consecuencia, no se puede dar a Benítez y a López, citados, posesión de tales excesos. No se decretan las demás peticiones de la demanda por ser improcedentes. Tampoco se declara la nulidad del título por el cual adquirió José David Delgado la mina **Pureto**, solicitada por los demandados, porque tal solicitud es improcedente. Condénase a los demandados Benítez y López A. al pago de las costas del juicio."

Apelaron los demandados, y el Tribunal de Cali reformó la sentencia apelada, absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda, y resolvió que no había lugar a hacer la declaración de nulidad pedida por los demandados.

Delgado recurrió en casación, recurso que por ser admisible se estudia.

Para mejor entender, conviene rememorar algunos antecedentes.

La mina de **Pureto** fue titulada por José David Delgado en el año de mil ochocientos noventa y tres. La posesión de ella se dio en doce de mayo de ese mismo año, cuando regía el artículo 313 de la Ley 153 de 1887, que sólo concedía para las minas de aluvión una extensión de un cuadrado de tres kilómetros de base o un rectángulo de dos de base por cinco de lado.

En la diligencia de posesión se hizo constar que la mina que se entregaba por los linderos en ella señalados, apenas alcanzaba a nueve kilómetros cuadrados, pues la extensión que debía concederse era la de un cuadrado de tres kilómetros de base.

En primero de julio de mil ochocientos noventa y tres, dentro del año contado desde la fecha de la posesión, pagó Delgado la suma de cuarenta pesos ($ 40) para redimirla a perpetuidad, al tenor de lo estatuído por el artículo 45 de la Ley 292 de 1875, adicional y reformatoria del Código de Minas, y en veinte de junio de mil ochocientos noventa y nueve, pagó el mismo señor veintinueve pesos quince centavos ($ 29-15), por un exceso de cinco kilómetros, que creyó existía en la mina adjudicada.

En mil novecientos veinte, Benítez y López denunciaron el exceso que resultara por el cálculo para pagar el impuesto.

Ahora, el Tribunal, respecto de la redención de la mina a perpetuidad, por el pago hecho en julio de mil ochocientos noventa y tres, de la suma de cuarenta pesos ($ 40), dijo:

"Es, pues, el caso de inquirir si Delgado pagó, para redimir la mina, lo que debió pagar conforme a la disposición vigente de mil ochocientos noventa y tres, o sea conforme al artículo 45 de la Ley 292 de 1875, que dice:

'Los dueños de minas tituladas, que hayan pagado el impuesto establecido, y que no estén en litigio, pueden asegurar permanentemente la propiedad de ellas, y quedar libres del impuesto en lo sucesivo, sin que nadie pueda registrarles sus minas, si pagaron de una vez lo que debieran pagar en veinte años, según el Código de veintiuno de octubre de mil ochocientos sesenta y siete.'

"Ahora bien: según el artículo 145 del Código de Minas, por cada mina de oro corrido, con la extensión que legalmente le corresponde, se deben pagar cinco pesos anuales.

"En consecuencia, Delgado debió pagar cien pesos ($ 100) para obtener la redención de la mina. Pero es así que sólo pagó cuarenta ($ 40), luego la mina no fue redimida."

El recurrente ataca este fundamento del fallo por el quebrantamiento del artículo 145 del Código de Minas, en relación con los artículos 313 de la Ley 153 de 1887 y 4° y 6° de la Ley 14 de 1888, vigentes cuando el señor Delgado hizo el pago para redimir la mina, en el sentido de que el fallador no tomó en cuenta los incisos correspondientes del artículo 145, ni los artículos últimamente citados; pues si la mina no tiene la extensión legal, se pagará proporcionalmente, según la mayor o menor extensión, y la mina, según la diligencia de posesión, apenas alcanza a nueve kilómetros.

Para la Corte prospera la acusación.

En efecto: a Delgado se le adjudicó una extensión de un cuadrado de tres kilómetros de base, según aparece de la diligencia de posesión de la mina de **Pureto**, extensión ésta la señalada por el artículo 313 de la Ley 153 de 1887, disposición que modificó el artículo 28 del Código de Minas; luego teniendo la mina que se le ad-

judicó una superficie de nueve kilómetros cuadrados, Delgado no tenía que pagar el impuesto de acuerdo con el artículo 145 del Código de Minas, sino en concordancia con el artículo 4º de la Ley 14 de 1888, es decir, cinco pesos por cada veinticinco kilómetros cuadrados, o sea un peso por cada cinco kilómetros cuadrados, y como la mina que se le adjudicó apenas tenía nueve kilómetros, tenía que pagar la suma de un peso ochenta centavos ($ 1-80) por esa extensión superficiaria, lo que da un total, en veinte años, de treinta y seis pesos ($ 36); y aceptando únicamente, por vía de discusión, que se tuviera que pagar para redimir una mina veintiuna anualidades, ellas sumarían treinta y siete pesos ochenta centavos ($ 37-80), y Delgado pagó cuarenta pesos ($ 40), cantidad mayor que la debida.

Los artículos 4º y 6º de la Ley 14 de 1888 dicen:

"Artículo 4º Por las minas de aluvión se pagará el impuesto anual, a razón de cinco pesos ($ 5) por cada veinticinco kilómetros cuadrados. Las porciones que no excedan de cinco kilómetros cuadrados pagarán un peso, y en proporción por el exceso."

"Artículo 6º El artículo 313 de la Ley 153 de 1887 tuvo por objeto sólo señalar la extensión superficiaria que debía entregarse en lo sucesivo en las minas de aluvión; y no tiene, por lo mismo, aplicación alguna al pago del impuesto anual."

No se diga que el artículo 313 de la Ley 153 de 1887, al modificar la extensión superficiaria de las minas de aluvión, modificó igualmente los artículos del Código de Minas que tenían como base la extensión superficiaria del artículo 28, para fijar el impuesto que debía pagarse; porque el artículo 6º de la Ley 14 de 1888 dijo expresamente que el artículo 313 no tenía aplicación al pago del impuesto anual, de manera que éste sigue cobrándose a razón de cinco pesos ($ 5) por cada veinticinco kilómetros cuadrados, o sea un peso por cada cinco kilómetros cuadrados.

Ahora, el pago hecho por Delgado de cuarenta pesos para redimir a perpetuidad la mina de **Pureto**, está bien hecho, porque lo hizo dentro del año en que se dio la posesión. Es verdad que el opositor sostiene que para redimir una mina a perpetuidad hay que pagar veinte anualidades adicionales, y para fundamentar su aserto, razona así:

"Y digo el pago de **veinte anualidades adicionales**, porque la redención no puede hacerse sino respecto de minas tituladas 'que hayan pagado el impuesto establecido,' y no es **mina titulada** sino aquella cuyo 'goce está asegurado con el título de que habla el inciso 1º de este artículo' (el 70 del Código de Minas).

"Ahora bien: para que una mina esté **titulada**, como es palmar, es menester que esté amparada por un **título**, y éste debe contener el comprobante del pago del impuesto, como lo reza el artículo 18 de la prenombrada Ley 292 de 1875; de que se sigue rectamente que la redención no puede hacerse sino mediante el pago de veinte anualidades distintas de la primera, si aquélla se hace en el primero o en el segundo año de la concesión, de todas las que se han pagado antes, si la redención se hace después.

"El tenor literal del artículo 45 de la Ley 292 de 1875 es clarísimo: la propiedad de una mina no puede asegurarse por el adjudicatario sino cuando ésta se halla ya titulada, y cuando ya ha pagado el adjudicatario el impuesto establecido, siempre que la mina no esté en litigio, lo que hace al caso actual. **No puede, pues,** pagarse previamente el impuesto de veinte años para obtener luégo el título de propiedad, pues se pagaría menos de lo exigido por la ley, desde luégo que no entraría al Fisco el valor de la primera anualidad.

"El título ha de expedirse sobre el pago de una anualidad, y, luégo de obtenido, es cuando pueden pagarse de una vez las veinte anualidades para redimir la mina. No se pueden redimir minas no tituladas, y mina titulada no es sino aquella que tiene título. La redención, pues, ha de ser necesariamente posterior a la expedición del título, y, por lo mismo, el que quiera tener asegurada la propiedad de la mina debe obtener previamente el título mediante las formalidades legales, entre las cuales se cuenta el pago de una anualidad, y luégo de obtenido, pagar de una vez veinte anualidades más."

La Corte no puede prohijar este razonamiento, porque el artículo 18 de la Ley 292 de 1875, invocado por el opositor para sostener que el título debe contener el comprobante de haberse pagado el impuesto, y que él no puede expedirse sino previa esa comprobación, no se refiere a lo que en minería se conoce con el nombre de **derechos de estaca,** o sea el pago del impuesto anual, de que habla el capítulo 11 del Código de Minas, que es lo único que se necesita para conservar el derecho a una mina que se ha adquirido legalmente (artículo 164 del Código de Minas); ese impuesto dice relación a los derechos que hay que pagar por el denuncio de la mina y para la expedición del título, como lo ordenan los artículos 33, numeral 7º, y 72 del Código de Minas, derechos fijados hoy por la Ley 20 de 1923. Ya atrás se vio que en el caso de que se tuviera que pagar por veintiuna anualidades, Delgado había hecho ese pago.

Excesos de la mina.

El sentenciador, para decidir que Delgado no tenía derecho a los excesos de la mina de **Pureto**, se basó: 1º, en que la ley no reconoce la redención de excesos; y 2º, porque los recibos acompañados para comprobar esa redención no se pueden tomar en cuenta.

Los recibos que el sentenciador desestimó, rezan:

"República de Colombia—Departamento del Cauca—Administración Departamental de Hacienda Nacional. Popayán, 2 de junio de 1899.

"Impuesto sobre minas—Pagó el señor Gonzalo Lemus B., a nombre de José David Delgado, la suma de $ 29-15 (veintinueve pesos quince centavos), computados los intereses de retardo, por valor del impuesto correspondiente a una extensión de cinco kilómetros de exceso, y por los años de 1893 a 1898, y 20 más para redimir la mina de aluvión de oro, denominada **Pureto**, y situada en el paraje del Distrito de Tadó, en la Provincia de San Juan, dentro de los linderos siguientes: los mismos que se especificaron en el recibo de julio de 1893.

"El Cajero, **T. C. de Mosquera**"

—

"Administración de Hacienda Nacional del Cauca—Popayán, 26 de noviembre de 1924.

"El infrascrito Administrador de Hacienda Nacional del Cauca, en cumplimiento del despacho número 94 del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Sala de lo Civil), certifica:

"Que en el Libro número 5, de pagos por impuesto anual de minas, en el folio 236, bajo la partida número 90, hay la siguiente consignación;

'Junio 2 de 1899.

'Consignó Gonzalo Lemus B., a nombre de José David Delgado, los derechos de impuesto anual correspondientes a 1893 a 1898 y 20 años más, para redimir el exceso de cinco kilómetros de la mina de aluvión de oro, denominada **Pureto**, sita en el Distrito de Tadó, Provincia de San Juan.. .. .. .

aplicación del artículo 709, tántas veces citado. Lo anteriormente expuesto se reafirma y corrobora, si se tiene en cuenta que el pago de la suma que acusan, tanto el recibo como la partida sentada en el libro, corresponde exactamente a la suma que debió pagar el demandante para redimir a perpetuidad los cinco kilómetros de exceso calculados por él en la mina que se le había adjudicado. En efecto: si de acuerdo con disposiciones que he citado en el curso de este escrito, por cada cinco kilómetros se pagaba anualmente un impuesto de un peso, y si para redimir tal extensión se debía pagar anticipadamente el impuesto correspondiente a veinte años, es muy claro que al pagar el señor Delgado veinte pesos, redimió a perpetuidad el exceso de cinco kilómetros, que él calculaba como existente en la mina de **Pureto**. Los nueve pesos con quince centavos a que hace alusión el recibo, se distribuyen, conforme a la partida sentada en el libro, en la forma siguiente: seis pesos para pagar el impuesto de los años de 1893 a 1898, y tres pesos con quince centavos para pagar intereses de retardo, al uno y medio por ciento mensual. Esta suma fue cobrada indebidamente al señor Delgado, puesto que la reforma contenida en el artículo 27 de la Ley 292 de 1875, dispone que el interesado que crea en su mina existen excesos, y quiera ampararlos, pagará el impuesto sobre los excesos que calcula en adelante; reforma ésta que aclaró el artículo 151 del Código de Minas de 1867, en el cual no se determinaba con precisión desde qué fecha debía pagarse el impuesto correspondiente al exceso, y que daba base en la práctica a que se cobraran dos impuestos por los años atrasados, desde el día de la adjudicación de la mina, y los correspondientes intereses de retardo, como sucedió en el caso presente. Colaboraba a todo ello la disposición del artículo 163 del mismo Código, que estatuía para recuperar el derecho que se tuviera a una mina, el pago de las cuotas correspondientes a los años atrasados con los intereses correspondientes, a razón del uno y medio por ciento mensual.

"Al desestimar el Tribunal los documentos a que vengo refiriéndome, desconoció consecuencialmente el mejor derecho que el señor Delgado tiene a los excesos de la mina, enfrente a los denunciantes de ellos, y por virtud del artículo 27 de la Ley 292 de 1857, y violó esa disposición legal, pues no le dio aplicación, siendo el caso de dársela, máxime si se atiende a que en la diligencia de mensura practicada en el año de mil novecientos veintiuno, con el objeto de establecer los excesos denunciados, se midió solamente el cuadrado de tres kilómetros por lado, que fue materia de la primitiva adjudicación, y para nada se tuvo en cuenta el exceso adquirido por Delgado, a mérito del denuncio posterior y del pago del impuesto correspondiente; al haberse tenido en cuenta estas circunstancias, y al haberse hecho la debida estimación de los recibos y de la diligencia de mensura practicada en el año de mil novecientos veintiuno, se habría llegado por el sentenciador a la consecuencia necesaria de que los 24,990 metros que tal diligencia arroja como exceso de la mina, si como tales pudieran estimarse, estarían comprendidos dentro de los cinco kilómetros que Delgado había amparado con el pago hecho en mil ochocientos noventa y nueve, ya que los 24,990 metros, de que habla la diligencia como extensión superficiaria de los excesos, sólo alcanza a un cuarentavo de kilómetro.

"Al desestimar el Tribunal los dos documentos en que consta la consignación hecha a la Administración de Hacienda Nacional de la suma debida, para redimir un exceso de cinco kilómetros en la mina de **Pureto**, y al no dar, por ende, valor alguno a tales documentos, violó directamente los artículos 156 y 168 del Código de Minas, disposiciones éstas que establecen que los recibos expedidos por los empleados de Hacienda y las certificaciones de los mismos relativas a las partidas sentadas en los libros, son plena prueba del pago de los impuestos respectivos."

Para la Corte prospera igualmente esta acusación. Es de toda evidencia que los referidos documentos no pueden considerarse como dos copias distintas de un mismo documento. Ellos se refieren a dos actos distintos y catalogados expresamente en el Código de Minas. El recibo del pago de los respectivos derechos fiscales, según los artículos 165 y 166 del Código de Minas, para el cual deben existir esqueletos timbrados, y la constancia de ese pago, que es un asiento de contabilidad que se inscribe en un libro especial ordenado llevar por la Ley de Minas (artículo 167).

Ahora, como ya se ha demostrado que Delgado redimió la mina de **Pureto**, forzoso es concluír que el pago que figura en los expresados documentos, ha de referirse a los excesos y no a la mina.

Asevera el sentenciador que no hay redención de excesos, de conformidad con la Ley Minera, pero sin entrar a estudiar el punto, basta para resolver el litigio, recordar que el artículo 27 de la Ley 292 de 1875, permite al dueño de una mina a quien se le ha entregado mayor extensión de la legal, conservar derecho al exceso, pagando el impuesto correspondiente al exceso, siempre que otro no lo haya denunciado con anterioridad al pago, y que él esté comprendido dentro de los linderos por los cuales fue adjudicada la mina, y en este pleito no se ha demostrado que esos excesos fueran denunciados con anterioridad al pago del año de mil ochocientos noventa y nueve.

El pago está bien hecho, porque Delgado calculó los excesos en cinco kilómetros, que pagan un peso de impuesto anual; de suerte que por los años de mil ochocientos noventa y tres, inclusive, a mil ochocientos noventa y ocho, ha debido pagar seis pesos, y por veinte más, veinte pesos, total, veintiséis pesos, y pagó veintinueve pesos quince centavos, es decir, hubo exceso en el pago.

Por estos motivos habrá que casar la sentencia del Tribunal.

Lo dicho en casación es bastante para fundamentar la de instancia.

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

Primero. Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha veintidós de marzo de mil novecientos veintinueve.

Segundo. Confírmase la sentencia de primera instancia.

Tercero. Sin costas en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Los señores Cok, Sanín Villa & Compañía demandaron al Municipio de Carolina y a Francisco María Vélez, para que se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que el Municipio de Carolina o sus fiadores, o subsidiariamente, el Municipio y el fiador demandado, mancomunada y solidariamente con el Municipio, deben pagar a los señores Cok, Sanín Villa & Compañía, dentro del plazo que usted les fije:

"a) Dos terceras partes de 1,465 dólares, o sea novecientos setenta y seis dólares con sesenta y seis centavos ($ 976-66 oro americano en giros), conforme al contrato, suma que peritos convertirán a moneda de oro acuñado colombiano, al tipo del cambio promedio, para que se dicte sentencia sobre cantidad líquida en esta moneda.

"b) Una tercera parte de 1,465 dólares, o sea cuatrocientos ochenta y ocho pesos con treinta y cuatro centavos ($ 488-34 oro americano en giros), convertidos en oro colombiano, como en el párrafo a), por peritos.

"c) Los intereses estipulados, o sea quince por ciento anual (15%) sobre mil cuatrocientos sesenta y cinco dólares ($ 1,465), desde el veinte de agosto de mil novecientos diez y seis (1916) hasta la fecha del pago, o sea a razón de diez y ocho dólares con treinta y un centavos ($ 18-31) por mes; cantidad que será reducida a oro colombiano, por peritos, como en la petición a).

"d) El interés corriente, que de una vez fijarán los peritos, sobre las cantidades correspondientes a los intereses estipulados, cuyo pago se pactó que se haría por semestres vencidos. Cada seis meses, a partir del veinte (20) de agosto de mil novecientos diez y seis (1916), se ha debido consignar la cantidad de 18.31 por 6, o sean ciento nueve dólares con ochenta y seis centavos (109-86), y no habiéndolo verificado, hay derecho a exigir el interés corriente por cada consignación de intereses, y desde la fecha en que ha debido consignarse cada una de ellas.

"e) Los perjuicios causados a los ingenieros por el Municipio, por la demora en cumplir el contrato, toda vez que el trabajo de los empleados, los jornales, los fletes, los materiales, etc., tienen hoy un mayor valor. Perjuicios que estimo en setecientos pesos ($ 700) oro, suma que si no fuere aceptada por los demandados, avaluarán peritos, dando el valor en oro colombiano.

"f) El valor de las costas y gastos de este juicio, a lo cual se obligó expresamente el Municipio en una de las cláusulas últimas, puesto que se derivan del contrato mismo, costas y gastos que estimo en la cantidad de seiscientos pesos ($ 600) oro colombiano, suma que si no fuere aceptada por los demandados, será fijada por peritos, o subsidiariamente, la fijada por usted.

"g) Las costas y gastos del requerimiento, que fijo en la cantidad de cien pesos ($ 100) oro colombiano, y que si no fuere aceptada por los demandados, será la fijada por peritos, o subsidiariamente, la fijada por usted.

"h) La cantidad de $ 22-21 pagada al Ferrocarril, con los intereses corrientes fijados como en a), o los fijados por peritos, o por usted, subsidiariamente.

"i) Las costas y gastos del juicio ejecutivo que hubo que seguir ante el Juez 1º del Circuito para obligar al Municipio a cumplir, fijada como en la petición anterior, declarando, además, que no hay lugar a cobrar a los ingenieros los gastos y costas que por dicho juicio se les asignaron.

"j) Que los ingenieros han cumplido el contrato, y que una vez cubiertas la cantidad o cantidades demandadas, deberán terminar la obra en la forma convenida.

"k) Que se declare que ha habido dolo por parte del Municipio.

"II) Subsidiariamente a la petición c) y d), pido que el demandante debe pagar en la misma forma:

"C) Los intereses estipulados, o sea quince por ciento (15%) anual, sobre mil cuatrocientos sesenta y cinco dólares ($ 1,465 oro americano), desde la fecha fijada por peritos, o respectiva y subsidiariamente, desde la fecha del requerimiento, intereses que se cubrirán hasta la fecha del pago, o sea a razón de diez y ocho dólares con treinta y un centavos ($ 18-31) por mes, cantidad que será reducida a oro colombiano, por peritos, como en la petición a).

"D) El interés corriente, que de una vez fijarán peritos, sobre las cantidades correspondientes a los intereses estipulados, cuyo pago se pactó que se haría por semestres vencidos, partiendo para esto de la fecha que se fijare para la petición C), anterior. Como se explicó en c), se ha debido consignar semestralmente la cantidad de 18.31 por 6, o sean 109-86 dólares, y no habiéndolo verificado, hay derecho a exigir el interés corriente para cada consignación de intereses, y desde la fecha en que ha debido consignarse cada una de ellas.

"III. Subsidiariamente a las peticiones I y II anteriores, pido que se declare resuelto el contrato, y que el Municipio de Carolina o sus fiadores, o subsidiariamente, el fiador demandado, mancomunada y solidariamente con el Municipio, deben pagar a los señores Cok, Sanín Villa & Compañía, dentro del plazo que usted les fije:

"1º La cantidad o cantidades que peritos señalen como perjuicios, a que hay lugar, avalúo que harán libremente, bien en varias sumas con sus intereses y sus fechas, desde y hasta que deben pagarse (esto preferiblemente), o en una suma total con sus intereses, etc., o como ellos lo estimen del caso.

"2º Que se declare que ha habido dolo por parte del Municipio."

El Municipio contrademandó para que se condenara a los demandantes a pagarle:

"a) La suma de catorce mil pesos ($ 14,000), valor de los perjuicios sufridos por dicho Municipio con motivo de no haber cumplido la nombrada Sociedad de Cok, Sanín Villa & Compañía las obligaciones que contrajo, según contrato contenido en la escritura número 95, de veinticuatro de marzo de mil novecientos diez y seis, pasada ante el Notario del Circuito de Carolina.

"b) Subsidiariamente, y para el caso de que la Sociedad demandada en esta reconvención no acepte el monto en que se estiman los perjuicios señalados en la parte a) de esta demanda, que está obligada a pagar los perjuicios que por infracción de dicho contrato causó al Municipio de Carolina, perjuicios que serán fijados por peritos en este juicio o en otro distinto.

"c) Que la Compañía contrademandada debe pagar las costas del juicio, si diere lugar a éste."

El Juez absolvió tanto de la demanda principal como de la reconvención, y el Tribunal de Medellín revocó el fallo, y decretó:

"1º Se condena al Municipio de Carolina a pagar a los señores Cok, Sanín Villa y Compañía los perjuicios que éstos hayan sufrido, por haber violado el referido Municipio el contrato que celebró con los expresados señores, y de que trata la demanda principal. Esos perjuicios se liquidarán de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 39 de 1921.

"2º Se absuelve a los señores Cok, Sanín Villa y Compañía de los cargos que en demanda de reconvención les formuló el Municipio de Carolina.

"3º No hay lugar a proferir las declaraciones principales y demás subsidiarias de la demanda principal, y se declaran no probadas las excepciones opuestas por el Municipio.

"Sin costas."

Interpuso recurso de casación el Municipio, y como él está de acuerdo con las prescripciones legales, se acepta.

Se acusa la sentencia en primer término por la segunda causal de casación, por cuanto el Tribunal condenó al Municipio a pagar perjuicios que se fijarán en juicio separado, como si hubiera declarado resuelto el contrato, y sin embargo, absolvió al Municipio de la petición subsidiaria marcada con el inciso III, como consecuencia de las peticiones principales señaladas con los cánones I y II.

Se nota:

El sentenciador sí falló la petición subsidiaria, pues absolvió al Municipio de ese cargo, así como de los principales a que se refería la petición subsidiaria, como puede verse en la parte final, y por ello no incurrió en la segunda causal de casación, aunque sí es un tanto peregrino absolver por esa petición y condenar a pesar de todo, como si se hubiera declarado resuelto el contrato.

El sentenciador consideró en varios pasajes del fallo, que los demandantes habían impetrado la resolución del contrato, como puede verse por estas transcripciones:

"De lo dicho se deduce que el Municipio de Carolina debió permitir a los ingenieros reformasen la planta eléctrica al llegar los materiales, y que los señores Cok, Sanín Villa y Compañía han pedido con todo derecho que se declare resuelto el contrato, y que se condene al Municipio a pagarles los perjuicios que les causó, por no haberle permitido hacer la reforma estipulada.

"..... Es de observar que bajo la letra **e)** se pidió también indemnización de perjuicios por la mora, y que bajo la letra **j)** se solicitó que se declarase que los ingenieros están obligados a terminar la obra en la forma convenida. Es claro que si el Municipio de Carolina no permitió que los ingenieros reformasen la planta con los materiales pedidos, no se le puede obligar a permitirlo, y que habiendo dado por resuelto, o negádose a cumplirlo, sólo procede la resolución. Pocos son los casos en que se puede obligar a una persona o entidad a hacer o dejar hacer una cosa; por regla general sólo procede la indemnización de perjuicios, ora se trate de declarar que alguien está obligado a cumplir un contrato, ora de decidir que ha quedado resuelto."

De acuerdo con estos antecedentes, el fallador condenó al Municipio a pagar a los demandantes los perjuicios que hubieran sufrido por la violación del contrato por parte del Municipio, los cuales deben tasarse en juicio separado; lo que equivale a declarar resuelto el contrato, a pesar de haber negado expresamente esa petición subsidiaria.

Estos conceptos los ataca el recurrente como violatorios de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, porque sin declarar resuelto el contrato, condenó al Municipio a pagar perjuicios por la violación del contrato, perjuicios éstos que son consecuencia de la acción resolutoria, y como por ella se absolvió, mal puede condenarse a perjuicios.

Más aún, agrega el recurrente, si el sentenciador entendió que los demandantes lo que solicitaron fue el cumplimiento del contrato, cosa que pugna con los conceptos copiados del sentenciador, la condenación a perjuicios ha debido ser el pago de los intereses de mora, ya que lo que el Municipio debía a los demandantes era una suma de dinero, y en tal caso ha debido aplicar el artículo 1617 del Código Civil.

Para la Sala prosperan los reparos del recurrente.

En efecto: ya la Corte ha resuelto el punto en el sentido de que hay que demandar la resolución o el cumplimiento del contrato (bilateral, se entiende), para que pueda condenarse a perjuicios, porque éstos son una consecuencia de la resolución o del cumplimiento del contrato, que son los dos extremos que puede optar el demandante, y la acción de perjuicios en esos casos está subordinada a una de las dos acciones reconocidas por el artículo 1546 del Código Civil.

Ha dicho la Corte en fallo de treinta de abril de mil novecientos veinte:

"Con referencia a la primera demanda de reconvención, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal por violación de los artículos 1546 y 1610 del Código Civil, en cuanto condenó al señor Cabal G. a pagar al señor Eder los perjuicios que en ella reclama, sin demandar juntamente con éstos el cumplimiento o la resolución del contrato, de acuerdo con el primero de estos artículos, y sin que el contrademandado estuviera en mora de cumplir las obligaciones, por cuya falta de cumplimiento se le demanda, al tenor del segundo de los mismos artículos.

"El artículo 1546 del Código Civil se expresa así:

'En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

'Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.'

"La demanda de reconvención de que se está hablando se apoya sustancialmente en que el contrademandado no cumplió ni la obligación de dar los contingentes que le correspondían para gastos de administración y pago del arrendamiento al Gobierno, de la renta de licores de la Provincia de Palmira, para cuya explotación se constituyó compañía entre los señores Eder y Cabal G.; ni la de suministrar la mitad de los licores necesarios y de buena calidad, para el consumo de la Provincia, por lo cual la Compañía tuvo que pagar intereses de esos contingentes en algunos meses, y el contrademandante tuvo que suministrar, por el señor Cabal G., los licores que dio, para lo cual aquél tuvo que triplicar gastos y esfuerzos.

"El Tribunal y la contraparte de la recurrente, entienden que cuando se demandan perjuicios por la falta de

cumplimiento de un contrato bilateral, sin pedir juntamente con eso el cumplimiento o la resolución del contrato, la acción es legal sin la petición de uno de estos extremos, porque se subentiende que el demandante quiere el cumplimiento del contrato. Empero, la Corte conceptúa que cuando así se demanda, no es dable creer que el demandante opte tácitamente por determinado extremo de los enunciados, pues la misma razón habría para considerar que optaba por el otro.

"La acción alternativa que otorga a los contratantes el artículo 1546 del Código Civil, para el cumplimiento del contrato o para su resolución, es acción principal, a la cual está subordinada la de perjuicios provenientes del incumplimiento, por lo menos mientras el contrato no haya expirado; pues si no se obliga al cumplimiento del contrato al que no lo haya cumplido, o si no se decreta contra él la resolución, no hay causa efectiva de la cual se deriven los perjuicios. Salvo que en casos especiales la ley establezca la acción para éstos, sin subordinarla a la de efectividad o extinción del contrato, como parece que lo hace el artículo 1610 del Código Civil, para cuando no se cumpla la obligación de hacer, y no es éste el caso que ocurre en el presente juicio.

"La sentencia recurrida interpretó, pues, erróneamente el artículo 1546 del Código Civil, en cuanto lo aplicó como se ha expuesto.

"Y como por consecuencia de la interpretación que dio a ese artículo, condenó al contrademandado a los perjuicios pedidos por el contrademandante en la primera demanda de reconvención, el agravio inferido al primero provino de la violación del artículo 1546 mencionado, y de aquí que la sentencia deba ser casada, en lo relativo a la misma demanda de reconvención." (**Gaceta Judicial**, números 1736 y 1737, página 325, columna 1ª, tomo XXXIII).

Para fundamentar el fallo de instancia, se observa que no puede remitirse a duda que las partes celebraron un contrato bilateral, que genera obligaciones mutuas y recíprocas, y no una simple promesa de venta, como lo afirma el Juez, y para ello es necesario que se discuta ampliamente el asunto; pero como se demandaron los perjuicios sin pedir, o el cumplimiento del contrato o su resolución, cosa que no puede prosperar, como se vio en casación, es forzoso concluír que se ha pedido de un modo indebido, excepción ésta que puede ser declarada de oficio por el juzgador, y así se declarará.

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

Primero. Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha agosto veintisiete de mil novecientos veintiocho.

Segundo. Revócase el fallo de primera instancia.

Tercero. Declárase probada la excepción de petición de un modo indebido, y en consecuencia se absuelve a ambas partes de los cargos de la demanda y de la contrademanda.

Cuarto. Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Luis Ernesto Mendoza demandó a José Jesús Villegas para que se declarara:

"1º Que ha expirado el contrato de arrendamiento del establecimiento y empresa de caña dulce o azúcar, situada en el paraje denominado **Irlanda**, en jurisdicción del Municipio de Quimbaya, celebrado entre mi mandante y el demandado, que consignaron y suscribieron en documento privado, con fecha treinta y uno de enero de mil novecientos veintitrés, en aquel Municipio, por la sola culpa del demandado y por razón de la venta que de la finca denominada **Irlanda** verificó a los señores Abelardo Henao, Gabriel Arango y Ancízar Gómez, contrato perfeccionado por escritura pública, pasada en una de las Notarías de este Circuito, y debidamente inscrita.

"2º Que el demandado señor Villegas ha dejado de cumplir varias de las obligaciones del contrato, estipuladas en el documento dicho.

"3º Que está en la obligación de pagar a mi mandante el valor del disfrute que le corresponde en los cañamelares plantados por él en **Irlanda**, dentro del término que fije la sentencia, a justa tasación, fijada en este juicio o en otro aparte, y de acuerdo con las prescripciones del contrato, anotadas en el documento privado mencionado.

"4º Que asimismo debe pagar el demandado a mi mandante el valor correspondiente a la indemnización o resarcimiento de perjuicios, provenientes del no cumplimiento del contrato dicho y del daño emergente y lucro cesante.

"5º Subsidiariamente, que el demandado Villegas G. está en la obligación de comprarle a mi mandante, por el avalúo que fijen los peritos, y pagarle de contado el valor que represente el disfrute de los cañamelares plantados por él en la empresa denominada **Irlanda**, y conforme a las condiciones estipuladas en el contrato dicho, y en cuanto a la parte que le corresponda.

"6º Que aun en este último caso, Villegas también está obligado a resarcir a mi mandante de todo perjuicio ocasionado y que le ocasione por el incumplimiento del contrato, a justa tasación, fijada en juicio aparte."

El Juez falló:

"1º No están probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado.

"2º Declárase terminado el contrato de arrendamiento celebrado por José Jesús Villegas y Luis E. Mendoza el treinta y uno de enero de mil novecientos veintitrés, contrato que se extendió en documento privado, que corre de aütos.

"3º Declárase que José Jesús Villegas está en la obligación de pagarle a Luis E. Mendoza los perjuicios que haya sufrido por terminación de ese contrato, que terminó por culpa de Villegas. El valor de los perjuicios se fijará por medio de peritos, que designarán las partes, dentro del segundo día de notificada esta sentencia...."

El Tribunal de Pereira revocó la sentencia, y decidió:

"Declárase probada la excepción de carencia de acción por parte del demandante Luis Ernesto Mendoza,

y como consecuencia se revoca la sentencia objeto de la apelación.

"2º De acuerdo con la anterior declaración, absuélvese al señor José Jesús Villegas de los cargos que se le formularon en el libelo de demanda."

Contra este proveído interpuso casación el demandante, el cual se admite y estudia.

Acusa el fallo el recurrente por error de hecho en la apreciación de las posiciones rendidas por Mendoza, y violación de los artículos 1690, ordinal 3º, y 1694 del Código Civil.

Así razona el recurrente:

"Ahora paso a examinar si de las posiciones absueltas por Mendoza puede desprenderse la intención de novar, como lo sostiene el honorable Tribunal. Es indudable que el Tribunal pretende establecer el fenómeno de novación que designa el ordinal 3º del artículo 1620 del Código Civil, pero partiendo de la premisa de que 'si las obligaciones no pueden cederse sin el beneplácito del acreedor, sí pueden novarse,' y que, en consecuencia, 'en los contratos no sometidos a solemnidades externas, basta el solo **conocimiento.**' Pero esa tesis es, en mi concepto, inconcebible, puesto que la intención de novar ha de aparecer en todo caso. Efectivamente: el artículo 1690, inciso 3º, dice:

'Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre,' y el artículo 1694 dice 'que en dicha sustitución debe el acreedor expresar su voluntad de dar por libre al primitivo deudor.' Otra cosa que se puede observar es la inconsecuencia con que habla el Tribunal, puesto que, confesando tácitamente que Mendoza no dio su beneplácito, afirma que la intención de novar exigida por el artículo 1693 del Código Civil, había sido puesta de manifiesto; y digo que es una inconsecuencia, porque beneplácito es 'aprobación,' 'permiso,' y supone intención; pero no existiendo aquél, ¿dónde puede hallarse cumplida la exigencia del artículo 1693? Mendoza, pues, no prestó su consentimiento (el mero silencio, el conocimiento no puede interpretarse ni como negativa, ni como afirmación), y la intención de novar no aparece por ninguna parte; pues la sola negativa de Mendoza a continuar efectuando las moliendas, y la demanda que instauró, lo están corroborando muy a las claras; luego el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba de posiciones, de que se ha hecho mención.

"Cuanto a la subrogación, basta con poner de presente que ella no ha podido verificarse por ministerio de la ley; pues no se halla dentro de los casos contemplados por el artículo 1668 del Código Civil. Tampoco puede decirse que es convencional, porque no se encuentra en autos prueba alguna que demuestre su existencia, ni la voluntad expresa del acreedor de ceder sus derechos a los nuevos compradores. Por otra parte, la ley exige que ella se haga en la carta de pago y que se notifique al deudor o se acepte por éste, como toda cesión de derechos; pero, repito, ninguna de esas formalidades ha sido llenada. Por lo demás, no me explico cómo se pueda constatar una subrogación con el solo conocimiento del deudor, como pretende el honorable Tribunal; pues ni aun prestando consentimiento se puede aceptar, salvo el caso excepcionalísimo de subrogación legal, de que habla el *ordinal 6º del artículo 1668* del Código Civil; luego el Tribunal erró también en la apreciación de las posiciones, al querer comprobar con ellas la existencia de una subrogación."

Este ataque se dirige contra este fundamento del fallo del Tribunal, que es la base de la decisión:

"Si Mendoza confiesa categóricamente que en la época correspondiente al diez de junio de mil novecientos veintisiete, se encontraba al frente de sus plantaciones de caña; si dice que los sucesores de Villegas están disponiendo del guarapo de sus cañas; si confiesa que ellos le estaban reconviniendo para que continuara haciendo las moliendas, y acepta el hecho de haber estado entendiéndose con ellos en tiempos anteriores, hay que convenir en que la subrogación respecto de los derechos de Villegas había quedado perfeccionada desde hace diez y ocho meses, ya que la escritura sobre compraventa de la **Irlanda** tuvo lugar el diez y ocho de octubre de mil novecientos veinticinco, y hay que concluir aceptando que la novación respecto de las obligaciones de Villegas quedó asimismo consumada, desde el momento en que Mendoza se entendió con los sucesores de Villegas por un tiempo relativamente largo, para los efectos del contrato.

"Es indudable que en el caso que se estudia se operó el fenómeno jurídico de la novación.

"Hubo novación porque, si efectivamente, las obligaciones no pueden cederse sin el beneplácito del acreedor, sí pueden novarse, y para ello en contratos de esta índole que no están sometidos a solemnidades externas de ninguna clase, bastaba el conocimiento que tuviera Mendoza de que otros individuos habían comprado la hacienda de **Irlanda,** y que, continuara, como lo hizo, entendiéndose con ellos, quedando de manifiesta la sustitución de una de las partes obligada, y la aceptación que sobre el particular hizo Mendoza (artículo 1693 del Código Civil)."

Las posiciones absueltas por Mendoza, rezan:

"1ª ¿Es verdad, sí o nó, desde hace tiempo usted tiene abandonada la administración de la plantación de caña que dice el pleito que usted tiene contra mi mandante?"

"Contestó. No es cierto que tenga abandonada la administración de la plantación de caña a que se refiere la demanda contra José Jesús Villegas."

"2ª ¿Es verdad, sí o nó, los actuales dueños de la **Irlanda** han respetado a usted en esa administración, hasta el punto de que hace días vienen llamándolo para que se preste a moler la caña que está pasándose de molér?"

"Contestó. No es verdad que los actuales dueños de la **Irlanda** me hayan respetado en esa administración; pues me quitaron una casa que tenía para habitar con los peones, y prohibiéndoles a éstos me hicieran a mí algún oficio, y además disponiendo del guarapo de mis cañas, sin tener derecho alguno, aun cuando es cierto, me han llamado la atención para que efectúe la molienda, cosa que no he querido hacer, por estar ya en pleito."

Pregunta 4ª:

"¿Es verdad, sí o nó, que usted se ha estado entendiendo con los dueños de la **Irlanda,** hasta el punto de convenir en un arreglo para definir las cuestiones que usted, contra derecho, adelanta contra *mis mandantes*?"

"Contestó. Es verdad que en alguna ocasión me estuve entendiendo con los dueños de **Irlanda,** porque el señor Villegas me había dicho que en la escritura de venta había hecho constar que esos señores quedaban responsables del contrato, lo cual resultó no ser cierto."

La Corte considera eficiente el cargo del recurrente para casar la sentencia; pues es evidente que de la absolución de esas posiciones no aparece la confesión de que Mendoza tuviera la intención de novar; porque si el fenómeno de la novación acaeció, como lo dice el Tribunal, por sustitución de una de las partes obligadas, ese caso está regulado por el artículo 1690 del Código Civil, numeral 3º, y necesita que el acreedor exprese su voluntad de dar por libre al primitivo deudor, como lo ordena el artículo 1694, cosa que no resulta de las posiciones examinadas. Tampoco aparece de la absolución de posiciones, que el acreedor Mendoza lo haya declarado así, ni aparece de las pruebas acompañadas, que la intención haya sido la de novar, porque la nueva obligación haya extinguido la antigua, es decir, que la venta de Villegas a Henao, Arango y Gómez H., de la finca de **Irlanda**, haya extinguido las obligaciones que Villegas contrajo para con Mendoza, y si ello es así, el sentenciador erró de hecho, y quebrantó las disposiciones invocadas.

Por otra parte, sostiene el sentenciador que la subrogación respecto de los derechos de Villegas, había quedado perfeccionada desde hacía diez y ocho meses; concepto éste que está en pugna con el de la novación, y que se excluyen, porque así lo dispone el artículo 1691, inciso 2º.

No se trata de subrogación legal, porque el contrato celebrado entre Villegas, Henao, Arango y Gómez, no cabe en ninguno de los casos del artículo 1668, y si se considera que la subrogación fue convencional, no está hecha conforme a las reglas sobre cesión de derechos, y por ello no puede tener efecto.

Ahora, calificado el contrato por el Tribunal, de arrendamiento, es incuestionable que éste violó las disposiciones de los artículos 2008, 2019 y 2020, porque habiendo vendido Villegas la finca, materia en parte del arriendo, se ha extinguido el arrendamiento, puesto que los compradores de Villegas no están en ninguno de los casos señalados por el artículo 2020, para que tuvieran la obligación de respetar el arriendo, y como consecuencia de esa venta, el vendedor Villegas debe indemnizar al arrendatario Mendoza los perjuicios que le haya causado por haber extinguido el arrendamiento.

Para fundamentar la sentencia de instancia, se considera:

Cierto que Mendoza ha de tenerse, con respecto a Villegas, como un colono aparcero, pues debía pagar por el arrendamiento, no una cantidad de dinero, ni una parte alicuanta, sino en partes alícuotas, la mitad de la panela que resultara del beneficio de las cañas cultivadas por Mendoza, y si bien es cierto que la ley considera al colono aparcero como socio del arrendador en esa sociedad especial, esa asimilación de la ley es para ciertos efectos, como el señalado en el artículo 2041, por ejemplo, pero en lo demás está sometido a las reglas del contrato de arrendamiento, ya que las disposiciones sobre el colono aparcero están en el Capítulo 6º del Título 26 del Libro 4º del Código Civil, que regula los arrendamientos de predios rústicos.

La Corte ya tiene resuelto que el contrato de aparcería es un contrato de arrendamiento, como puede verse en la sentencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos catorce. Tomo XXV, 218, 1º.

La sentencia del Juez de la instancia habrá que reformarla en el numeral 3º de la parte resolutiva, en el sentido de que el monto de los perjuicios se fijará en juicio aparte; pues a la controversia no se acompañó la prueba de la cuantía de esos perjuicios, ni hay base para fijarla ahora (artículo 840 del Código Judicial).

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

Primero. Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de fecha veintiocho de junio de mil novecientos veintinueve.

Segundo. Confírmase el fallo de primera instancia con la reforma de que el monto de los perjuicios o de la indemnización se fijará en otro juicio.

Tercero. Sin costas en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**Germán B. Jiménez. Juan E. Martínez—Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan N. Méndez).

Vistos:

En el juicio sobre rendición de cuentas que Luis D. Arredondo entabló ante el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín contra Julio Arbeláez P., relativas a la administración de ciertos bienes en la finca de **Sangrabotija**, éste las presentó. En el traslado que de ellas se dio al actor, fueron objetadas por éste de una manera general, en estos términos:

"Las cuentas que rindió el señor Julio Arbeláez por memorial de veintisiete de julio último en este asunto, las objeto, las rechazo, no las acepto por las razones siguientes:

"1ª Porque yo entregué a Arbeláez mis bienes, relacionados en los trece puntos anteriores, para que los administrara y me diera cuenta de ellos, no para que abonara su valor a cuentas que tuviera pendientes en aquella época con dicho señor o con la Casa de Víctor E. Arbeláez y Compañía.

"2ª Porque nunca he tenido cuentas corrientes ni con Arbeláez en particular ni con la Casa de Víctor E. Arbeláez y Compañía, para que ahora por sí y ante sí, haga aquel señor una lista de **debe y haber**, y me incluya allí los bienes que me retiene hace diez años, para sacar la conclusión de que quedan rendidas sus cuentas, y que le quedo debiendo una suma considerable.

"3ª Si la Casa de Víctor E. Arbeláez y Compañía me abrió crédito para tomar víveres y otros objetos de sus tiendas o proveedurías en Segovia, y los tomé con aquiescencia del señor Julio Arbeláez, socio de esa Compañía, era para pagar semanal o mensualmene, según costumbre, a dicha Casa, no a Arbeláez P., en particular, y nada quedé debiendo ni les debo hoy por razón de esos suministros, porque todo lo pagué en los primeros días de octubre o noviembre de mil novecientos catorce, que me aprisionó la autoridad en Segovia y me trajo a la Penitenciaría de esta ciudad, donde he permanecido desde aquella fecha, sin volver a aquella región.

"4º Porque en el supuesto de que yo hubiera contraído con la Casa de Víctor E. Arbeláez y Compañía, nunca con Julio Arbeláez P, en particular, la deuda que saca este señor en su lista del memorial de veintisiete de

junio último, sería fenómeno extraño, inexplicable, que en más de diez años transcurridos no me hubiera cobrado ni la Casa ni Arbeláez P. aquellos suministros, y que ahora intentara cobrarme Arbeláez lo que no le debo a él.

"5ª Porque la ley manda, y la sentencia definitiva y ejecutoriada lo dispone así, que el señor Arbeláez P. está obligado a rendirme cuenta de la administración de los bienes que le entregué, justificándola, y no acompañó un solo comprobante de la inversión o administración de esos bienes.

"6ª Porque he dicho, y lo repito, que debo al señor Julio Arbeláez P. los **gastos** que hubiera hecho por la venta o administración de los bienes que le entregué, pero no le debo víveres o efectos que me hubiera suministrado de sus graneros Víctor E. Arbeláez y Compañía, ni Arbeláez P. en particular, que no los tenía en aquella población en la fecha ya dicha, y el valor de aquellos gastos se los pago al rendir la cuenta a que está obligado.

"7ª Porque en la lista o deuda que relaciona el memorial de veintisiete de junio postrero, presentado por el señor Arbeláez P. como **cuentas muy corrientes** para él, existe un hecho muy curioso, de donde se desprende la poca seriedad que reviste la tal lista y la legalidad con que llevaba los libros, y es este: en octubre o principios de noviembre de mil novecientos catorce, me redujo a prisión la autoridad de Segovia, y en seguida me condujo a la Penitenciaría de esta ciudad, donde he permanecido, sin volver a aquella población, y sin embargo, el señor Arbeláez P. siguió apuntando en mi contra víveres y objetos el resto del año de mil novecientos catorce hasta mediados de mil novecientos quince, fecha en que comprendió, indudablemene, que todo aquello era una farsa.

"8ª Porque en el simulacro de cuentas a que aludo, no hace mención para nada el señor Arbeláez P. de los intereses de las sumas que retiene, valor de la venta de mis bienes desde mil novecientos catorce, y esos intereses me los debe, porque son parte integrante de dichas cuentas.

"9ª Porque ni el Juzgado ni el Tribunal Superior aceptan la pretensión del señor Arbeláez P., de que era la Casa de Víctor E. Arbeláez y Compañía la que debía rendirme cuentas, ni que éstas fueran recíprocas, porque con toda claridad y precisión dijo el Tribunal en su sentencia, que Arbeláez P. no había comprobado que hubiéramos celebrado contrato para suministrarme víveres y efectos, 'ni menos que dicho contrato hubiera sido de cuentas corrientes,' lo que implica que la cuenta corriente que saca ahora Arbeláez P. es improcedente, y una burla a la justicia, porque la tal cuenta no tiene enlace ninguno con la cuenta que Arbeláez está obligado a rendirme de las gestiones que hizo sobre los bienes que le entregué, al tenor de los artículos 2181 a 2183 del Código Civil."

Puestas en conocimiento de Arbeláez las objeciones, fueron contradichas.

El Juez sentenció así:

"1º Declárase no probadas las cuentas presentadas por el señor Julio Arbeláez P., a virtud de la obligación que éste tenía de rendirlas al señor Luis D. Arredondo, respecto de las gestiones hechas por el primero por cuenta del último, relativas a los negocios indicados en la parte motiva de esta providencia.

"2º Condénase al señor Julio Arbeláez P. a pagar a los señores Luis D. Arredondo y Vitalino de los Ríos, dentro del término de seis días, a partir de la ejecutoria de esta sentencia, como saldo definitivo, la cantidad de mil doscientos setenta y dos pesos noventa centavos ($ 1,272-90) oro, por capital, más los intereses de esa cantidad al tipo legal, liquidados desde el mes de diciembre de mil novecientos catorce hasta el día en que se solucione el pago."

Por apelación del demandado el Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de fecha veintisiete de marzo de mil novecientos veintiocho, confirmó la del Juez.

La misma parte interpuso casación.

El recurso es admisible, y se ha fundado ante el Tribunal y complementado ante la Corte.

El recurrente aduce la primera y segunda causales de casación.

Segunda causal.

Considera el recurrente incongruente la sentencia, por defecto, porque dejó de resolver el conjunto de la cuestión debatida, con perjuicio del demandado. El demandante pidió que le rindiese cuentas de los negocios que le había confiado, de todos ellos. Esas cuentas, así generales, fueron las que se ordenó rendir por sentencia ejecutoriada en el juicio inicial, y sin embargo el fallo que puso fin al juicio ordinario tuvo en cuenta solamente las referentes a una parte de ellos.

Se responde:

Lejos de omitir el Tribunal la decisión relativa a la cuestión de si las cuentas debían versar sobre todos los negocios que Arredondo hubiera podido confiar al demandado, falla expresamente que "los cargos a que deben contraerse las cuentas de Arbeláez, son los expresados en la demanda sobre rendición de cuentas, porque así lo mandaron las sentencias del juicio primario de cuentas." Sobre esta base, que es obligatoria, por constituír los límites dentro de los cuales quedó circunscrito el debate abierto con la demanda sobre rendición de cuentas, según los dos fallos que la sentenciaron, el Tribunal decidió el punto que el recurrente cree olvidado por el juzgador.

El cargo es infundado.

Primera causal.

Contiene este único motivo:

Violación de los artículos 1714 y 1715 del Código Civil, disposiciones que determinan cuándo se opera la compensación y en qué condiciones.

Se refiere el cargo a la parte del fallo en que el Tribunal declara que "es ineludible desechar aquel extenso **debe,** ya que en él no se advierten gastos ocasionados directa e indirectamente por motivo de los once cargos sobre que recaen las cuentas cuya rendición se decretó."

Aunque el manejo de los varios negocios a que se refiere la demanda de cuentas fuera especial y acto distinto de la administración de la finca, más aún, aunque esta administración nunca hubiera existido, el Tribunal debió haber estimado el monto que arrojaban los créditos del demandado, o sea lo que éste cargaba a Arredondo, y condenar a éste. Estos créditos, según la ley sustantiva, debieron haberse compensado con la deuda que Arredondo reclamaba. Dice el artículo 1714:

"Cuando dos personas son deudores una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas."

Tanto la deuda que el recurrente confesó deber a Arredondo, como la que presentó a cargo de éste, reunían las condiciones que requiere el artículo 1715 del Código Civil, para que la compensación se cumpla: consisten en dinero; ambas son líquidas; son actualmente exigibles.

Se considera:

El principio que sienta el Tribunal es que, en el caso actual, los créditos que se opongan en compensación a los reconocidos provenientes de la administración de un negocio, deben participar de ese mismo origen y no de otro. No debe prescindirse de la calidad ni de los vínculos de derechos que existían entre Arredondo y Arbeláez: el primero era mandante; el segundo, mandatario. La obligación de un mandante es reembolsar al segundo los gastos razonables causados por la ejecución del mandato y no otros (artículo 2184 del Código Civil). La obligación de pago en este caso es derecho estricto y no puede extenderse a otras obligaciones ajenas al mandato. Como la compensación no es sino un pago recíproco y ficticio entre dos personas acreedoras y deudoras a la vez, las reglas relativas al pago efectivo le son aplicables.

Este fundamento, que no es de derecho abstracto, sino que se basa en el concepto de que la presente litis debe amoldarse a los límites que fueron determinados en el juicio originario, sobre rendición de cuentas, no ha sido acusado en casación.

Pero hay otra consideración que sostiene la sentencia del Tribunal: muchas de las partidas que hace figurar el administrador a cargo de su mandante, proceden de suministro de víveres, es decir, de cuentas que, como toda factura comercial de venta, requiere la revisión y aceptación del comprador, sin lo cual su monto no es cantidad líquida que pueda oponerse en compensación.

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

1º No es casable la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín con fecha veintisiete de marzo de mil novecientos veintiocho, en este juicio; y

2º Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

JUAN N. MENDEZ—**Tancredo Nannetti**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Por sentencia de fecha veintiuno de junio del año próximo pasado, el Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en desarrollo de los veredictos pronunciados por el respectivo Jurado de calificación, condenó a Luis Francisco y María Luisa Calderón, como responsables del doble delito de homicidio con circunstancias de premeditación y asesinato, a la pena principal de veinte años de presidio y cinco de reclusión, fuera de las accesorias de rigor.

El Tribunal de ese Distrito Judicial, con fecha veinticinco de septiembre último, reformó la sentencia en el sentido de condenar a cada uno de los acusados a la pena de veinticinco años de presidio. Contra este fallo del Tribunal interpuso casación el condenado Luis F. Calderón, y como el memorial en que tal cosa se hizo reúne las exigencias de forma que demanda la ley, se procede a estudiarlo, siendo de advertir que durante el traslado concedido en la Corte no se presentó alegato.

Se invoca la primera causal de casación, o sea el ser la sentencia violatoria de la ley penal, ya por mala interpretación, ya por haber aplicado disposiciones distintas de las que correspondía aplicar.

Con fundamento en esta causal, se tacha como violado el artículo 26 de la Constitución. Se dice que después de haber terminado el defensor del condenado de hacer uso de la palabra en la audiencia ante el Jurado, se practicaron algunas pruebas, de las cuales no pudo defenderse, ni hacer la crítica de ellas en su debida oportunidad.

En las referidas audiencias, agrega el recurrente, "declararon, entre otros, David M'Cormik, Federico Delgado y Luis Ardila Gómez, cuyas declaraciones no aparecen por parte alguna, ni se dejó constancia de ellas en el acta, ni hubo forma de reclamar por tal omisión."

Se considera:

La violación de las garantías que consagra el artículo 26 de la Constitución, no corresponde propiamente a la primera causal, sino a la segunda, pues es ésta la que contempla las nulidades o vicios de que puede adolecer el procedimiento.

Más aún, aceptando que la causal invocada fuera la pertinente, sólo se encuentra en las respectivas actas de audiencia, la constancia de que el defensor de la otra condenada solicitó se interrogara nuevamente a los procesados, lo que en realidad se verificó, después de que el defensor del recurrente había terminado en el uso de la palabra. Pero se observa que al ser interrogados los procesados, nada distinto agregaron a lo que ya habían manifestado, ni depusieron cosa alguna que perjudicara al condenado recurrente. Se anota que los procesados se negaron a hacer declaraciones de importancia. Y así no se ve la necesidad de que el defensor de Luis F. Calderón hubiera podido extender sus exposiciones, o criticar lo que el recurrente llama pruebas que se presentaron a última hora.

Acerca de las declaraciones que dice se tomaron en la audiencia, no existe la menor constancia en las actas respectivas, como él mismo lo anota, y por consiguiente no hay base para juzgar las tachas que por este aspecto presenta.

No existe, por tanto, falta de formalidad o garantía alguna en el procedimiento, de lo cual pudiera deducirse que a Calderón se le había juzgado sin la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Como segundo motivo de casación señala el recurrente el haberse violado el artículo 71 del Código Penal, por habérsele condenado a veinticinco años de presidio, siendo así que esa disposición no permite imponer más de veinte, sea por uno o por varios delitos; si se dijo, agrega el recurrente, "por un solo delito," pudo ser una mala redacción del artículo, pero en todo caso se ve claro que el Código no quiere someter a un individuo a las torturas corporales que representan veinte años de presidio, y así como resolvió considerar como inhumana y perjudicial la pena de muerte—y al efecto la suprimió—en la

misma forma considera inhumana la de presidio por más de veinte años, y resolvió suprimirla para que se pague el resto en reclusión. Para este caso el artículo aplicable es el 57 del mismo Código Penal que señala el máximo de la pena de presidio."

Se considera:

No cabe la interpretación que pretende el recurrente, porque las disposiciones penales que él mismo cita dicen claramente otra cosa. En efecto: lo que dispone el artículo 71 es que en ningún caso la pena de presidio, cuando se trata de un solo delito, exceda de veinte años, pues el resto, si hubiere lugar a más pena, se sufrirá en reclusión. Mas cuando se trata de varios delitos, la situación es diferente, porque entonces lo importante es que la pena en ningún caso exceda de veinticinco años, pudiendo ser todos de presidio. De ahí que el artículo 57 exprese que la pena de presidio que se imponga por un delito no puede exceder de veinte años, de suerte que si son varios, esta disposición no es ya la aplicable.

Resalta con mayor claridad la conclusión anterior, si se tiene en cuenta que el inciso segundo del artículo 147 del Código Penal, establece que cuando se trata de varios delitos puede "la totalidad de la pena exceder del máximo de la que puede imponerse de cada clase (subraya la Corte), por un solo delito." Por clase de pena se entiende aquí la de presidio o la de reclusión, o la de prisión, etc.; de suerte que en el presente caso, en que se trata de dos asesinatos, la clase de la pena, que es la de presidio, puede exceder de la de veinte que es la señalada como máximo para un solo delito; la única restricción que pone la disposición que se viene examinando, es la de que la totalidad de esa pena de presidio no exceda de veinticinco años.

No sería justo que correspondiera la misma penalidad al delincuente que resulta responsable de un solo delito, que al autor de varios hechos criminosos; y aun cuando nuestro atrasado Código Penal fue expedido en época en que todavía no se habían difundido en su totalidad las nuevas doctrinas sobre individualización de la pena, es lo cierto que siempre contiene alguna amplitud, que permite acomodar, por lo menos relativamente, la sanción a la peligrosidad del delincuente.

Por estas consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia materia del presente recurso.

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

PARMENIO CARDENAS — **Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado de calificación, reunido en la presente causa para decidir sobre la responsabilidad de Olimpio Parra por el delito de homicidio, se le propuso la siguiente cuestión, de conformidad con el auto de proceder:

"¿El acusado Olimpio Parra es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Leonidas Castillo por medio de una herida sobre el pulmón derecho, de tres centímetros de longitud y nueve de profundidad, situada en la parte de atrás, causada con instrumento cortante; otra en la parte media del antebrazo derecho, que le destrozó por completo; otra sobre la mejilla izquierda, cuya piel se descolgó; otra sobre el hueso llamado esternón, hacia dentro; otra sobre la primera falange del dedo pulgar, y otra sobre el temporal derecho, que rompió la piel; acontecimiento que tuvo lugar el veinte de agosto de mil novecientos veinte, como entre las seis y siete de la noche, en la vereda de **Poveda**, de la comprensión municipal de Albania?"

El Jurado contestó rotundamente: "Sí."

Ajustándose a este veredicto el Juzgado del conocimiento, 2º Superior del Socorro, profirió sentencia, por medio de la cual, previa calificación de la delincuencia en el menor grado y con aplicación del artículo 600 del Código Penal, en relación con el 587 de la misma obra, que se refiere al homicidio simplemente voluntario sancionado por aquél, condenó al acusado a la pena principal de seis años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

La sentencia en cuestión fue reformada por el Tribunal Superior de San Gil—a donde subió el fallo por haber sido apelado,—con fecha diez de septiembre del año postrero, en el sentido de elevar a nueve años la pena de presidio impuesta al acusado, por considerar que su delincuencia debía calificarse, como en efecto la calificó, en segundo grado, por concurrrir circunstancias agravantes y atenuantes en su contra. En lo restante, el referido fallo fue confirmado.

Contra la providencia de segunda instancia interpuso el sentenciado recurso de casación, en escrito presentado ante el Tribunal, con fecha treinta de octubre del año pasado, escrito que sirvió de base para conceder el recurso, como va a servir ahora para resolverlo en el fondo, ya que para ello presta mérito suficiente, y dado que en el traslado concedido en este Despacho, el recurrente no presentó nueva alegación.

La tramitación ante esta Sala se ha surtido en la forma legal correspondiente.

El sustentante expresa lo siguiente en favor del recurso por él interpuesto:

"Me fundo en que la sentencia es violatoria de la ley penal, por haber aplicado una disposición distinta a la que se debía aplicar, y por mala interpretación de ella, y en el artículo 3º, Ley 78 de 1923, causal 1ª.

"En efecto: el honorable Tribunal califica en segundo grado la delincuencia, sin determinar cuál o cuáles de las circunstancias agravantes militan en mi contra; pues el decir que median las circunstancias agravantes de que tratan los numerales 3º y 6º del artículo 117 del Código Penal, no es determinar las que pueden dar la base de la agravación de la pena, es decir, para aumentarla en tres años más.

"La sentencia debe recaer sobre hechos determinados, y en la forma concebida por el honorable Tribunal no se determina el hecho que constituye la circunstancia agravante. Los ordinales citados determinan una diversidad de circunstancias, que por lo indeterminado del pasaje de la sentencia, no se sabe a cuál o cuáles se refiere.

"No puede decirse que hubo la mayor malicia, ni premeditación y sangre fría; ni la mayor osadía, impudencia, crueldad, violencia o artificio, ni el mayor número de

medio; porque yo fui atacado por dos individuos: Gonzalo Osma y el occiso; éste, al verme defender de Gonzalo, me asestó un garrotazo, y luégo me atacó con un puñal, como lo dicen los testimonios de Joaquín Pineda y Parmenio Camacho, folios 103 vuelto y 105.

"El número de las heridas no implica la mayor crueldad que requiere el ordinal 3º, citado, toda vez que el adjetivo **mayor** rige o modifica a los sustantivos osadía, impudencia, crueldad.

"La crueldad implica la idea de tormentos; pero quien infiere cinco heridas a su adversario, tal vez no denuncia perversidad de ánimo, que es el fundamento de la agravante; podrá indicar un ánimo enceguecido, privado de reflexión y dominado por la cólera, que muchas veces da los golpes sin percatarse del número, y sólo mira a lo necesario para poner al adversario fuera de combate.

"Conforme al ordinal 6º, tampoco veo la agravante; no la primera, porque para dar muerte al adversario que intenta contra la vida de uno, es necesario el uso de las armas; no las restantes, porque yo no actué en sedición, tumulto o asonada, etc., etc. Luego al calificárseme la delincuencia en grado medio, sin existir fundamento, se me aplicó una disposición penal que no correspondía, y hubo mala interpretación de la ley penal, al calificárseme en grado medio lo que debe ser calificado en grado ínfimo; y se han violado los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal.

"Por otra parte, si se tiene en cuenta que los declarantes contra mí son los agredidos Juan y Gonzalo Osmas y Campos Camelo, quien me atacó con una escopeta, y que según los declarantes Joaquín Pineda y Parmenio Camacho, folios 103 vuelto y 105 vuelto, yo procedí contra Castillo al verme gravemente atacado por éste, se sigue que el homicidio de que se me declaró responsable, es de los menos graves, y entonces se violó el artículo 602 del Código Penal.

"Pero es evidente, según las constancias procesales, que yo ataqué con un hacha; que las dos heridas mortales, la una media tres centímetros de abertura por diez y nueve de profundidad, lo que indica que no fue producida por mí, porque es imposible físicamente que por una tal abertura penetre un hacha a diez y nueve centímetros de profundidad."

Para resolver, se considera:

Por dos aspectos ataca el sentenciado el fallo en que fue condenado por el Tribunal, a saber: por el referente a la graduación de la delincuencia y por el que toca a la aplicación del artículo 602 del Código Penal.

Cuanto al primero, es evidente que si bien el Tribunal con sus propias palabras no especificó las circunstancias en el párrafo en que aludió al grado en que debía hacerse la calificación de la delincuencia del encausado, sí lo hizo posteriormente en el cuerpo de la sentencia, en la parte motiva de ésta, valiéndose para ello de las palabras de su Fiscal. Al efecto dijo:

"La calificación de la delincuencia del reo en lo que se refiere al homicidio, debe hacerse en segundo grado, porque obran en su contra las circunstancias agravantes de la mayor malicia y sangre fría que hubo en la acción, la mayor osadía empleada en ella, la crueldad y violencia con que se ejecutó el delito y el mayor número de medios empleados para consumarlo.

"Así es que a Olimpio Parra corresponden, por el homicidio consumado en Leonidas Castillo, nueve años de presidio...."

Es decir, que el Tribunal, al citar los conceptos de la Fiscalía sobre el particular, determinó expresamente como fundamento de lo que resolvió en el fallo. Y como allí sí se expresaron varias de las circunstancias agravantes que determina el numeral 3º del artículo 117, invocado por aquél, dedúcese lógicamente que el juzgador de segunda instancia sí señaló, no sólo implícitamente, las circunstancias en cuestión.

Ahora, que la existencia de algunas de tales circunstancias se halla ampliamente demostrada en autos, es cosa que no puede remitirse a duda: basta para ello transcribir la declaración de uno de los testigos de mayor excepción del informativo, testigo que relata la manera como sucedieron los hechos, y cuya declaración no aparece contradicha en ninguna forma, sino más bien, por el contrario, corroborada en su generalidad. Dice así Campos Camelo, a folios 4 vuelto y 5 del expediente:

"El día viernes, veinte de este mes de agosto de mil novecientos veinte, como a las cinco de la tarde, me fui del punto de **El Salitre** para el punto de **Poveda**, en compañía de Juan Osma y Leonidas Castillo, e iba con el fin de ver si parecía Gonzalo Osma con unas bestias que Juan me había quedado de dejar para llevar un poco de miel a Jesús María; yendo de para abajo, nos fuimos hasta abajo de la casa de Emiliano Herrera; allí gritamos a Gonzalo Osma, quien no contestó, y en vista de esto nos volvimos de para arriba, y al llegar al frente de la casa de Emiliano Herrera nos despedimos de Juan, quien tenía que bajar, y nosotros regresamos para **El Salitre**; después de haber caminado como media cuadra de para arriba, poco más o menos, sentimos dos disparos, por lo cual nos devolvimos de para abajo, con el fin de apercibirnos de esto, pero al llegar frente a la casa de Emiliano Herrera, nos encontramos con Olimpio Parra y Joaquín Pineda, y el primero tenía una hacha en la mano, con la cual daba golpes al suelo, y decía: 'mi peinilla no la pierdo,'' luégo me cogió una escopeta que yo tenía, y como ésta estuviera cargada, la montó e hizo el tiro al aire, y acto continuo vio que Gonzalo Osma venía de para arriba, y el cual, al llegar al punto donde estábamos, dijo: '¿qué es la vaina?,' y con estas palabras se dirigió Olimpio Parra con el hacha en la mano, y con furia dio un fuerte golpe a Gonzalo, pero antes de acercarse Olimpio a Gonzalo, Emperatriz Rodríguez y Parmenio Camacho, que estaban ahí, la primera, o sea Emperatriz, le dijo a Gonzalo: "Este so berriondo ¿también quiere morirse?,' y en seguida lo tomó de la espalda y lo tuvo, mientras Olimpio le pegó el primer golpe con el hacha, después de lo cual lo soltó, y como Gonzalo Osma cayera boca abajo, le siguió dando de hachazos, a quien dejó casi muerto, y el cual, al tiempo de estarle pegando, decía: 'No me acabe de matar, Olimpio Parra'; acto continuo de acabarle de dar a Gonzalo, se le botó a Leonidas Castillo, y sin decirle nada, le dio varios hachazos, y derribándolo, lo dejó por muerto; luégo yo le dije a Joaquín Pineda: 'Me voy,' y éste me contestó: '¿Qué está esperando, que lo maten?' Parmenio Camacho tenía una peinilla en la mano, y con ésta destrozaba matas de plátano, y decía: 'Esta tarde tengo que matar un godo.' Yo me fui por mi camino, y ahí se quedó Olimpio Parra, Emperatriz Rodríguez y Parmenio y Joaquín Pineda....."

Como se desprende de lo dicho por el testigo cuya exposición se ha transcrito, el mencionado Parra, blandiendo arma o instrumento de ataque, tan peligroso como una hacha, sin claro motivo justificado, se arrojó sobre Osma, a quien descargó seguidos y fuertes hachazos, hasta dejarlo como muerto. Inmediatamente después, y sin

que mediara ninguna ofensa, atacó con la misma terrible arma a Leonidas Castillo, de manera inmisericorde, hasta dejarlo en estado completamente agónico.

Como bien dice el señor Procurador, "en el ataque descrito hubo inhumanidad, fiereza de ánimo, es decir, crueldad; y hubo también violencia, osadía e impudencia, puesto que todo ello manifestó el agresor en su arremetida injustificada y feroz."

Carece, pues, de fundamento la causal alegada, porque bien claro se echa de ver, de conformidad con lo expresado, que sí ha habido razón legal más que suficiente, según lo suministrado al respecto por el informativo, para calificar en segundo grado la delincuencia del sentenciado.

En lo tocante a la aplicación del artículo 602, insinuada por el recurrente, fundado en lo que declaran en su favor Joaquín Pineda y Parmenio Camacho, relativo a haber sido atacado Parra por Osma y Castillo, debe manifestarse que tales testigos rindieron nuevas declaraciones en contradicción con las que habían rendido antes en el sumario, nueve años después de los acaecimientos; lo que está indicando por sí solo qué valor pueden tener ahora sus afirmaciones. Pero debe agregarse, que si se trata del expresado artículo 602, en su inciso 1º, para su aplicación es preciso, como lo ha sostenido la Corte tántas veces, que el veredicto dé margen a ella en alguna forma; y si se trata del inciso 2º del mismo artículo, lo alegado por el recurrente en el particular, es menos que insuficiente para tal aplicación; pues ya se ha visto que para ello se funda en declaraciones que, como las expresadas de Camacho y Pineda, tienen una significación legal contraproducente.

No hay, pues, base ninguna por el aspecto indicado para invalidar el fallo recurrido, el cual, por el contrario, debe mantenerse firme.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor I. González Torres).

Vistos:

En virtud de apelación surtida en legal forma, debe esta Sala revisar el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha veintisiete de enero del corriente año, por medio del cual "abre causa criminal al señor Miguel Pérez Ch., mayor de edad, natural de Barbacoas, vecino de Ipiales y soltero, por un delito de **calumnia**, definido y sancionado en el capítulo I, Título II, Libro III del Código Penal."

Agotada la tramitación propia de la segunda instancia, se procede a resolver lo que fuere legal, para lo cual se considera:

La competencia de la Corte para conocer de este negocio se deriva del carácter de Diputado a la Asamblea de Nariño, por parte del acusado (artículo 43 del Código de Organización Judicial), carácter que aún conserva por haber sido reelegido como segundo suplente y haber entrado como tál a ejercer el cargo, según se desprende de los telegramas del señor Gobernador del Departamento de Nariño, visibles al final del cuaderno de esta Sala.

El señor Procurador respecto de este asunto expresa su parecer comenzando por sentar lo siguiente:

"El derecho o fuero del empleado público para que se le juzgue por su respectivo superior jerárquico, tiene como fundamento la calidad del puesto que desempeña, el decoro mismo de la República y la necesidad de que el fallo sea imparcial, recto o no sujeto a influencias de ninguna especie. Ese fuero está estatuído por la Constitución para los altos funcionarios nacionales que hubieran sido acusados ante el Senado, y para los Agentes Diplomáticos y Consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe y los Jefes Superiores de las oficinas principales de la Nación (artículos 151 y 158). El mismo fuero, o el principio constitucional, está desarrollado por la ley (artículos 40, 43 y 73 del Código Judicial), pero haciendo partícipes de él a otros muchos empleados, entre los cuales figuran los miembros de las Asambleas Departamentales."

Hace en seguida el señor Procurador otras consideraciones de orden estrictamente legal para deducir, al cabo, que el derecho consagrado por la Constitución es inmutable, mientras ésta no se reforme, pero que el concedido por la ley puede desaparecer o modificarse por disposición posterior de la misma, y que, por consiguiente, el delito de calumnia de que se trata en este informativo y de que se acusa al señor Miguel Pérez Ch., Diputado en ejercicio de la Asamblea Departamental de Nariño, es hoy de la competencia del Juez de prensa y orden público de aquella Sección, en virtud de la Ley 69 de 1928; que, por lo mismo, el Tribunal Superior de Pasto, al dictar el auto de enjuiciamiento materia de la apelación, incurrió en la causal de nulidad a que se refiere el artículo 264 de la Ley 57 de 1887, nulidad que debe declararse.

La Sala no se halla de acuerdo con el anterior punto de vista del señor Procurador, por las siguientes razones:

Ante todo debe manifestarse que no siempre el derecho o fuero de que goza conforme a la ley un empleado público, entraña el hecho de que "se le juzgue por su respectivo superior jerárquico," como dice aquel distinguido funcionario. Y así, por ejemplo, en el presente caso, no existe esa superioridad o jerarquía del Tribunal Superior de Pasto, en relación con el Diputado a la Asamblea, señor Pérez, como tampoco existe entre un miembro del Senado de la República y la Corte Suprema, o viceversa, dentro del fuero que les concede la ley para hechos que se les imputen y que merezcan ser juzgados. Esa superioridad jerárquica de que habla el señor Procurador, sólo existe propiamente entre los miembros del Poder Judicial, en sus respectivos juzgamientos, exceptuando, como es obvio, los Magistrados de la Corte, a quienes juzga el Senado.

Ahora, sin entrar a considerar ampliamente, en gracia de la brevedad, lo que en varias legislaciones se ha establecido respecto de cierta clase de personas o de determinados funcionarios para que se les juzgue de una manera especial, sustrayendo el conocimiento de los hechos delictuosos cometidos por ellos al conocimiento

ordinario o general, es lo cierto que el fuero de que aquéllos gozan constituye en realidad un derecho que tiene como fundamento la calidad misma de la persona o del puesto que desempeña. En todo caso, el fuero reconocido por la ley, con referencia concreta, a ciertos empleados públicos, representa un derecho especial, que ella taxativamente determina. Siendo esto así, es evidente que para que tal derecho desaparezca o se modifique, es preciso que la propia ley, de una manera tan clara y nítida como lo ha constituido y determinado, fije y señale la modificación respectiva, o acentúe y exprese inequívocamente su desaparición.

En el caso presente no existe nada de esto: en efecto, si el artículo 65 de la Ley 51 de 1898 dijo que "en ningún caso los delitos de prensa podrán ser sometidos a otra ley distinta de la presente," y si la Ley 59 de 1911 disponía en su artículo 8º: "corresponde a los Jueces de Circuito conocer de todos los delitos que se cometan por medio de la imprenta o de otro medio análogo de publicidad," es indudable que lo que quiso fue atribuir expresamente al conocimiento de los Jueces de Circuito el juzgamiento de tales hechos delictuosos, pero sin desconocer o modificar el fuero existente para ciertas personas. Quiso, pues, solamente para los casos generales y ordinarios, señalar uniformidad en el juzgamiento de delitos de prensa tanto en cuanto a la ley en sí misma como en lo relativo a la competencia de los funcionarios para su aplicación.

Ahora bien: si el artículo 3º de la Ley 69 de 1928 dice que los Jueces de prensa y orden público por ella creados, conocerán **privativamente**, sin intervención del Jurado, de los delitos allí mismo enumerados, quiere decir ello tan sólo que de los hechos delictuosos taxativamente señalados en esa disposición y de que antes conocía la justicia ordinaria, conocerán en adelante de modo exclusivo los mencionados Jueces de prensa, sin que por el empleo hecho por la ley del adverbio privativamente, que sólo quiere significar "peculiar y separadamente, propia y singularmente," pueda deducirse que las disposiciones especiales sobre fuero o derecho expreso consignado en la ley para que ciertas personas puedan ser juzgadas determinadamente, hayan quedado modificadas o extinguidas, ya que para ello habría sido preciso, como se ha dicho, una disposición expresa, clara, inequívoca, por lo mismo que se trata de un derecho especial otorgado por la ley, que no puede ser desconocido por una simple palabra, la cual tiene, como se ve, un alcance y sentido distintos, pues que sólo significa que el Juez de Prensa y Orden público conocerá exclusivamente en los casos ordinarios en que no se interpone el fuero, de todos los delitos cometidos por medio de la prensa.

El artículo 65 de la Ley 51 de 1898, citado por el señor Procurador, al decir que "en ningún caso los delitos de prensa podrán ser sometidos a otra ley distinta de la presente," no se desconoce en el presente asunto, pues no es una ley distinta la que se tiene en cuenta en lo tocante al juzgamiento y punibilidad; de lo que aquí se trata es sencillamente de fijar cuál es la autoridad competente para conocer del negocio, siendo de advertir claramente que los principios sobre fuero que informan nuestra actual organización, son de tal importancia por la garantía que ofrecen, que todo lo que con esos principios se relacione, tiene que ser materia de legislación terminante y expresa.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, será preciso adicionar el auto materia de la apelación, en el sentido de relacionar el llamamiento a juicio hecho por el Tribunal—si fuere legal, lo cual en seguida se verá,—con las disposiciones pertinentes de las leyes vigentes sobre prensa, en donde se alude al delito que aquí se contempla.

De paso debe observarse, además, que aun cuando fuera cierta la tesis del señor Procurador, lo procedente y legal no sería como él pide, declarar la nulidad contemplada por el numeral 1º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, ya que como el mismo artículo lo dice, allí se trata es de nulidades que se producen en los juicios criminales y aquí no hay juicio propiamente hablando, sino un mero enjuiciamiento aún no en firme, comoquiera que se halla apelado. De suerte que lo legal y procedente sería en el supuesto expresado, revocar simplemente el auto materia de la apelación, con el fin de que el funcionario competente, si fuere el caso, calificara el mérito del informativo.

Hechas las observaciones que preceden, encaminadas a demostrar, según se ha visto, que si está bien conocido en primera instancia por parte del Tribunal Superior de Pasto el negocio contra el acusado señor Pérez Ch., en su carácter de Diputado a la Asamblea de Nariño, se procede a revisar la providencia objeto de la alzada.

El hecho que ha dado origen al enjuiciamiento es el siguiente, según relato que obra en la providencia que se estudia:

"El señor Emilio Ortiz A., Juez Seccional de Rentas de Nariño, en la Provincia de Barbacoas, el 13 de diciembre de 1929, ante el Juez de Prensa y Orden Público radicado en esta ciudad, denunció criminalmente por calumnia e injuria, al corresponsal en Barbacoas del periódico **Orientación Liberal**, que se edita en esta ciudad y que publicó en el número 313 de 16 de noviembre de ese mismo año, por el hecho de afirmar en el suelto de Barbacoas, que es **beodo consuetudinario (y con mosto no oficial)**, ofendiendo su dignidad, ya como empleado, ya también como particular, por ser esos cargos reñidos con la verdad."

Los testigos que citó el acusado para comprobar la afirmación hecha en el suelto aludido, negaron ser cierto lo aseverado por aquél.

En estas circunstancias y habiendo confesado ser el autor del suelto en cuestión, y correspondiendo el hecho consignado a un hecho delictuoso contemplado como tal en la ley penal, como lo demuestra el Tribunal en los considerandos de su proveído, es indudable que el llamamiento a juicio es legal, ya que se hallan reunidos los elementos que para hacerlo exigen las disposiciones correspondientes.

Debe, pues, mantenerse firme el auto recurrido, pero adicionándolo en la forma indicada atrás.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la providencia apelada, adicionándola en el sentido de relacionar, como en efecto se relaciona, el llamamiento a juicio allí hecho contra el acusado Pérez Ch., con las disposiciones pertinentes de las leyes vigentes sobre prensa.

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

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo—Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

En presencia de varios testigos que declaran en el informativo, Herminio Zapata y Aureliano Ruiz jugaban a las manos enfrente de la casa de Faustino Prado en el paraje de **Dos Caminos**, jurisdicción del Municipio de Maripí, en las horas de la tarde del día 29 de julio de 1928. Lo que en un principio parecía un simple entretenimiento de personas del pueblo, fue aumentando en violencia por el cambio de empujones bruscos y palabras desmedidas que iban indicando el acaloramiento de los ánimos; y aunque ninguno de los dos intentara sacar arma, Pedro Zapata, quien se hallaba en esos momentos arreglando unos zurrones en el corredor de la casa, abandonó su ocupación y con peinilla en mano se acercó a Aureliano Ruiz, y por la espalda de un golpe le abrió la cabeza, causándole la muerte poco tiempo después.

El Jurado que intervino en la causa, abierta por auto de fecha 25 de septiembre de 1929, dictado por el Juez 2º Superior de Tunja y confirmado por el Tribunal el 29 de noviembre del mismo año, pronunció su veredicto así:

"¿El acusado Pedro Zapata es responsable, sí o nó, de haber dado muerte voluntariamente a Aureliano Ruiz, quien falleció a consecuencia de una herida que le fue ocasionada en la cabeza con arma cortante y contundente (peinilla), hecho ocurrido el día 29 de julio del año de mil novecientos veintinueve, como a las tres de la tarde, en el punto denominado **Dos Caminos**, vereda de Santa Rosa, de la jurisdicción de Maripí, frente a la tienda de guarapería de Rafael Cortés?"

El Jurado contestó:

"Sí, pero creyendo el procesado que en ese momento el occiso estaba ultrajando a su hermano Herminio Zapata."

La sentencia de primera instancia, que es de fecha diez de noviembre de mil novecientos treinta, condenó al procesado a la pena de seis años de presidio y sus accesorias, como responsable en tercer grado de homicidio voluntario, con aplicación del artículo 600 del Código Penal. Pero el Tribunal, con fecha diez y seis de febrero último, estimando que la delincuencia debía calificarse en grado medio, reformó el fallo en el sentido de condenar a la pena de nueve años de presidio.

En escrito admisible para estudio de fondo, el procesado interpuso en tiempo oportuno recurso de casación, invocando las causales 3ª y 1ª de las que tiene establecidas el artículo 3º, Ley 78 de 1923.

En apoyo de la causal 3ª sostiene el recurrente que la sentencia no se halla de acuerdo con el veredicto, por cuanto no tuvo en cuenta la agregación que contiene la respuesta de los Jueces de hecho, pues según la demanda, allí están contenidos los elementos necesarios para que sea aplicable el artículo 605 del Código Penal, estimando el homicidio como especialmente atenuado, en lugar de considerar aplicable el artículo 600 según la sentencia.

Para resolver, se considera:

El Jurado dijo:

"Sí, pero creyendo el procesado que en ese momento el occiso estaba ultrajando a su hermano Herminio Zapata.'

Esta respuesta indica, ante todo, que cuando intervino Pedro Zapata para poner fin en forma sangrienta al juego de manos a que se dedicaban Herminio Zapata y el occiso, éste en realidad no estaba ultrajando al hermano del matador. Por eso el Jurado al decir que Pedro Zapata estaba en la creencia de que en ese momento sí se ultrajaba a su hermano, únicamente explica el porqué de su veredicto afirmativo, pero sin que de ningún modo atenúe la responsabilidad a virtud de la agregación, y menos hasta llegar a la especial hipótesis del artículo 605.

En efecto: el artículo 587 del Código Penal en su ordinal 1º, entre otros, tiene previsto el caso de que el homicidio se cometa mediando ultraje dirigido contra el hermano del autor del delito. De suerte que si el Jurado dice no haber existido el ultraje sino en la creencia de quien obraba por considerarlo existente, el veredicto apenas le da al hecho la fisonomía de homicidio voluntario, según el citado ordinal. Mas no lo atenúa en la forma especial del artículo 605, puesto que ni directa ni indirectamente se refiere a provocación por golpes, heridas o violencias como causa para que haya dado muerte en el acto mismo al provocador. Es bien claro que para incluír el Jurado en su veredicto los elementos de hecho a que se refieren disposiciones especiales que atenúan el homicidio voluntario, no es preciso que se valga de fórmulas sacramentales, pero de ninguna manera puede tampoco llegarse al extremo de sostener que el veredicto contiene tales elementos cuando a ellos no se refiere en ninguna forma.

Por consiguiente, es el artículo 600 la disposición aplicable, y no se advierte la incongruencia que se dice existir entre el veredicto proferido en la presente causa y el fallo que le puso fin en la segunda instancia.

Para sustentar la causal 1ª, alega el recurrente que el Tribunal le dio mala interpretación a los artículos 123 y 124 del Código Penal, en cuanto calificó la delincuencia en segundo grado, debiendo haberlo hecho en tercero, pues que la circunstancia de a traición y a mansalva que tuvo en cuenta el sentenciador, no puede servir en el presente caso para elevar la responsabilidad, dado el impulso repentino e instantáneo de una pasión, la ira, bajo cuyo influjo procedió el homicida.

Se considera:

No es ahora cuando el recurrente dice que él procedió al acto homicida cegado por la cólera, sino que así lo manifiesta desde su indagatoria, cosa que concuerda con las constancias del proceso y que armoniza con los términos del veredicto, ya que por una ofuscación repentina puede verse un ultraje donde no lo hay en realidad. Dada esta circunstancia, no resulta agravante el hecho de que la herida mortal se infligiera por la espalda, puesto que el atacante enceguecido no buscó sino el medio de hacer cesar el ultraje presunto sin hacer daño a su hermano, dada la posición en que se hallaban. En todo caso existe la duda sobre el particular y lo aconsejado es resolverla en favor del reo, tanto más si lo favorecen, como en el presente caso, numerosas

atenuantes: su corta edad, su buena conducta anterior y ser éste su primer delito, y la exaltación del momento.

Así resulta ser el tercer grado la calificación que corresponde a la delincuencia, y en tal sentido ha de reformarse el fallo materia del recurso.

Y por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa en parte la sentencia recurrida y en su lugar condena a Pedro Zapata a seis años de presidio como responsable en tercer grado de homicidio voluntario en la persona de Aureliano Ruiz, pena que cumplirá en la Penitenciaría que determine el Gobierno. En lo demás, esto es, en las condenaciones accesorias, queda firme el fallo materia del recurso.

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

PARMENIO CARDENAS — Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

En las primeras horas de la noche del treinta y uno de enero de mil novecientos veintinueve, con motivo de las fiestas públicas que se celebraban en la población de Busbanzá, Noé Morales se presentó ebrio en la plaza del lugar, y en ese estado se acercó a la tolda que había levantado Carlos Julio Ducón para expender licores, y allí preguntó por Juvenal Rincón. Como le informara que no estaba, el preguntante se retiró, pero para volver pocos momentos después con la misma interrogación, y sin que se sepa el motivo sacó el revólver que portaba al cinto y lo disparó contra la tolda repetidas veces, resultando heridos del intempestivo ataque Policarpo Calixto, quien sufrió una incapacidad mayor de ocho días, y Luis Antonio Rivera, quien murió pocas horas después.

Abierta la causa por el Juzgado 2º Superior de Santa Rosa de Viterbo, en providencia del diez y seis de abril de mil novecientos treinta, consentida por las partes, el Jurado que en ella intervino profirió su veredicto así:

"¿El acusado Noé Morales es responsable de haber dado muerte violenta a Luis Antonio Rivera con un disparo de revólver que se atribuye al acusado cuando la víctima se hallaba tranquila con otros compañeros debajo de un toldo donde se expendían licores en un día de fiestas populares en la plaza pública del poblado de Busbanzá, como a las siete de la noche del treinta y uno de enero de mil novecientos veintinueve, y en la ejecución de este hecho procedió el acusado con voluntad e intención?"

El Jurado contestó: "Sí."

"¿El mismo acusado Noé Morales es responsable de haber causado heridas a la persona de Policarpo Calixto, con un disparo de revólver que se atribuye al acusado, cuando la víctima se hallaba tranquila con otros compañeros debajo de un toldo donde expendían licores en un día de fiestas populares en la plaza pública de Busbanzá, como a las siete de la noche del treinta y uno de enero de mil novecientos veintinueve?"

El Jurado respondió: "Sí."

La sentencia de primera instancia, proferida en acatamiento al veredicto con fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos treinta, condenó al procesado, con aplicación de los artículos 587, 600 y 648 del Código Penal y sus concordantes, a la pena de seis años y cuatro meses de presidio y sus accesorias, previa calificación de la delincuencia en tercer grado. Pero el Tribunal Superior, a quien pasó el asunto en consulta, con fecha cinco de marzo del presente año reformó el fallo en el sentido de calificar la delincuencia en segundo grado con la rebaja discrecional de la sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la sanción aplicable, y así condenó al procesado a la pena de nueve años y dos meses de presidio.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso oportunamente Noé Morales recurso de casación, fundándolo en la primera causal enumerada por el artículo 3º, Ley 78 de 1923; y como tanto el escrito de que se valió para interponerlo, como el presentado ante la Corte en tiempo hábil, prestan mérito para estudio de fondo, se procede a fallar mediante las siguientes consideraciones:

Como motivo principal de la causal invocada se alega que el autor del homicidio sufrió ofensas graves en el momento en que preguntaba por Juvenal Rincón, pues que entonces el grupo de individuos que se hallaba en la tolda lo hicieron víctima de sus risotadas, por lo cual ha debido aplicarse el artículo 604 del Código Penal, en lugar del 600, ibídem; o bien, el artículo 602, inciso 2º en relación con el artículo 587, ordinal 1º, para atenuar discrecionalmente el homicidio en consideración a aquella provocación, y máxime teniendo en cuenta el estado de embriaguez involuntaria en que se hallaba el agente.

En cuanto a la aplicación del artículo 604, se observa que la forma pura y simplemente afirmativa en que fue proferido el veredicto no da lugar a ella, pues para que sea el caso de aplicar disposiciones especiales como la que se invoca, es preciso, como lo tiene resuelto la Corte en repetidos fallos, que el veredicto contenga de alguna manera los elementos a que tales disposiciones especiales se refieren.

No está acreditado en los autos que el homicidio se hubiera cometido mediante provocación alguna por parte de la víctima, y menos por medio de ofensas graves que se le irrogaran al autor; bien al contrario, aparece el delito consumado sin móvil aparente y como una agresión intempestiva y brutal, que sólo puede explicarse por la influencia del alcohol. De allí que el caso no pueda situarse en la hipótesis que contempla el ordinal 1º, artículo 587 del Código Penal, como se alega en la demanda, y menos aún para hacer uso del poder discrecional de que trata el inciso 2º, artículo 602, ya que no hay motivos o razones suficientes para atenuar el hecho punible, que el Tribunal estimó bien como homicidio voluntario en los casos generales que sanciona el artículo 600 del Código citado.

Como segundo motivo de la causal 1ª, y en carácter de subsidiario, alega el recurrente que la calificación de la delincuencia debió hacerla el Tribunal en tercer grado, puesto que la circunstancia anotada como agravante en el fallo de segunda instancia, la de marcada propensión al delito por parte del agente y la alarma social de allí derivada, es, según la demanda, elemento constitutivo del delito y no verdadera circunstancia agravante, y porque además no está comprobada tal propensión al delito.

A este respecto dice el señor Procurador:

"En lo que sí está de acuerdo la Procuraduría con el recurrente es en lo relativo a la calificación de los delitos. No existe motivo suficientemente comprobado para calificar la delincuencia de Morales en segundo grado, como lo hizo el Tribunal.

"La juventud del reo, sus buenos antecedentes y el ser la primera vez que delinque, son todas circunstancias atenuantes que deben tenerse en cuenta para hacer esa calificación en el grado más favorable.

"El Tribunal califica como única circunstancia agravante la de que los hechos delictuosos imputados a Morales, son un marcado brote de propensión al delito, brote que causa verdadera alarma y que debe tenerse en cuenta como una de las más valiosas agravantes de su delincuencia.

"No comparte la Procuraduría este concepto, porque la propensión al delito debe demostrarse por repetidos actos de delincuencia que demuestren un carácter verdaderamente incorregible. No es ese el caso de Morales."

Sobre el particular encuentra la Corte que la circunstancia apuntada por el Tribunal para elevar el grado de la delincuencia, no se encuentra suficientemente demostrada en el expediente, desde luégo que el sentenciado no exhibe antecedentes de los cuales pudiera deducirse su inclinación o propensión al delito: le favorece más bien como atenuante su buena conducta anterior. Y si el homicidio, según queda visto, se produjo sin móvil aparente, ello se debe sin duda al estado de excitación alcohólica en que se hallaba Morales, embriaguez que no pudiendo ser considerada como involuntaria—según se alega,—sí aparece al menos que no fue preordenada al delito.

Así, conviene a la delincuencia la calificación en tercer grado, y en tal sentido es fundado el reparo a la sentencia del Tribunal. Por consiguiente, la pena aplicable se descompone así: seis años de presidio que corresponden al delito de homicidio voluntario; y seis meses de reclusión, o sea su equivalente de cuatro meses de presidio, según el artículo 133 del Código Penal, aplicables por el delito de heridas; lo que da un total de seis años y cuatro meses de presidio.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa en parte la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Noé Morales como responsable en tercer grado del delito de homicidio voluntario en la persona de Luis Antonio Rivera y del de heridas con la misma calificación en la persona de Policarpo Calixto, a la pena total de seis años y cuatro meses de presidio, que cumplirá en la Penitenciaría que designe el Gobierno. En lo demás, esto es, en las condenaciones accesorias, queda firme la sentencia recurrida.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, julio treinta de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El defensor del condenado Florencio Jaimes interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Pamplona, de fecha diez y seis de diciembre último, por la cual se confirmó la de primera instancia, dictada por el Juez Superior de ese mismo Distrito Judicial, que condenó a Jaimes a la pena principal de nueve años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Luis Francisco Castro.

Se alega como causal de casación la primera de las consignadas en el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, o sea el ser la sentencia acusada violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta, y por haberse aplicado una disposición distinta de la que al caso correspondía.

Dos son los motivos que se presentan para sustentar esta causal: el primero se dirige a censurar la sentencia, por haber calificado en segundo grado la responsabilidad, y el otro se encamina a obtener que se declare la prescripción de la acción penal, por haber transcurrido el tiempo necesario para tal fin, principalmente en virtud de lo que dispone el artículo 4º de la Ley 5ª del presente año.

Se estudiarán en orden inverso estos dos motivos, ya que si el relacionado con la prescripción prospera, es innecesario el estudio del primero.

Prescripción.

En relación con este motivo dice el recurrente:

"Por otra parte, cuando se dictó la sentencia acusada, la acción penal estaba prescrita por el transcurso del tiempo, ya que la pena aplicable, según la calificación que le dieron al delito el Juez y el Tribunal, prescribía en un tiempo doble, o sea en diez y ocho años cumplidos a la sazón de sobra. Mas como la prescripción se puede, por punto general, alegar en cualquier tiempo, y en materia criminal es cuestión de orden público, debo argüir para este caso, que en los términos del artículo 4º de la Ley 5ª de este mismo año, que rige desde el día de su sanción, y que es de rigor aplicar, mi defendido tiene derecho a la rebaja de la tercera parte del plazo prescriptivo señalado en la ley sustantiva para los delitos no calificados como atroces, cometidos antes del diez y siete de diciembre de mil novecientos treinta, con ocasión del centenario del Libertador. Siendo así, aun computando el término de veinticuatro años, que es el doble del máximo de la pena señalada al homicidio simplemente voluntario, la prescripción en favor de Florencio Jaimes se cumplió desde el veintidós de septiembre de mil novecientos veintiocho, en que se completaron las dos terceras partes de ese plazo, hecha la rebaja de

la tercera parte. Por este aspecto, pues, se justifica también la casación interpuesta.

"La omisión en hacer tal declaratoria ha impedido al Tribunal aplicar, siendo como eran aplicables, los artículos 93 y 95, inciso 2º, del Código Penal y la misma Ley 5ª, cuyos efectos deben retrotraerse por ser Ley posterior favorable, de preferente aplicación en materia penal. También se dejó de aplicar el artículo 1504 del Código Judicial, pertinente en el caso de prescripción de la acción criminal y la pena. Con arreglo a tales disposiciones legales, ha debido el Tribunal ordenar la cesación del procedimiento contra mi defendido y su liberación inmediata."

Se considera:

Es evidente que cuando se dictó la sentencia acusada, aún no estaba en vigencia la Ley 5ª de este año, que en forma de beneficio extraordinario, disminuyó el término de la prescripción, de suerte que mal podía haber violado el Tribunal en ese entonces una ley que aún carecía de todos los requisitos para que tuviera fuerza obligatoria.

Mas cuando apenas acababa de notificarse ese fallo, cuando el Tribunal no había perdido la jurisdicción para proveer, vigente ya la mencionada Ley 5ª, solicitó el defensor del condenado, apoyándose en ella, y en lo que disponen los artículos 93 y 95 del Código Penal, que el Tribunal declarara prescrita la acción penal por haber transcurrido el tiempo necesario para su consumación.

El Tribunal negó la anterior petición diciendo, entre otras cosas, lo siguiente:

"Mas al presente impuesta como ha sido la pena, el beneficio extraordinario sólo puede referirse a su cumplimiento."

¿Podía y debía el Tribunal decretar la prescripción? Tal es el punto que en primer lugar debe estudiarse. Si bien es cierto que la sentencia del Tribunal estaba notificada cuando entró en vigencia la Ley 5ª, y cuando el defensor solicitó la declaratoria de prescripción, en cambio ella no estaba ejecutoriada.

Si al entrar en vigencia esa Ley, la sentencia hubiera estado ejecutoriada, no hay duda de que el ejercicio de la acción penal habría quedado terminado, y entonces habría tenido razón el Tribunal; pues así una nueva y distinta situación jurídica habría surgido con diversos efectos, entre ellos el de la prescripción, no ya de la acción penal, sino de la pena impuesta; de ahí que el Código Penal, en el artículo 97, diga con toda propiedad:

"La pena impuesta por **sentencia ejecutoriada** prescribe en....."

Si la sentencia no estaba ejecutoriada, el Tribunal no había perdido la jurisdicción en el negocio; esta jurisdicción no queda suspendida con el solo hecho de la notificación del fallo, y menos en los asuntos que dan lugar al recurso de casación, sino hasta que se ejecutoría el auto que lo concede.

Pero se dice, y es el señor Procurador quien lo sostiene, que el Juez o Tribunal que dicta un fallo definitivo no puede reformarlo ni revocarlo, de acuerdo con lo que dispone el artículo 17 de la Ley 69 de 1896.

Tal disposición no puede tener aplicación en este caso; el Juez o Tribunal que en la situación conocida decreta una prescripción, es decir, después de proferir el fallo y antes de ejecutoriarse, no es que lo revoque o modifique, apenas declara que ha surgido un obstáculo, proveniente del transcurso del tiempo, para la realización de la justicia penal, el cual trae consigo la suspensión inmediata del procedimiento; tal declaración no es de inocencia ni de irresponsabilidad, en el sentido técnico que a esta palabra corresponde; la sentencia fue bien dictada, pero su ejecutoria y su cumplimiento quedan suspendidos y paralizados totalmente, en virtud de un mandato legal que estableció una gracia, un beneficio, que por tratarse de cuestiones penales tiene que mirarse con el más amplio criterio de interpretación, en virtud de mandato constitucional.

Cuando después de ejecutoriado un auto de proceder, y antes de dictarse sentencia, si se consuma la prescripción de la acción criminal, y el Juez la decreta, no es que se revoque o modifique el enjuiciamiento; el auto estuvo bien dictado y surtió sus efectos hasta cuando el obstáculo legal se interpuso para impedir el curso del juicio.

Es esa más o menos la misma situación que se presenta cuando la prescripción se consuma después de pronunciado el fallo y antes de encontrarse ejecutoriado.

La acción se ejerce en segunda instancia, dice la segunda parte del artículo 335, Ley 105 de 1899:

"Desde que se ejecutoría el auto en que se concede el recurso respecto de dicha sentencia definitiva, o se ordena la consulta para ante el superior respectivo, hasta que pronunciada por éste sentencia definitiva, termina toda jurisdicción en el superior."

En esta disposición se funda el señor Procurador para decir lo siguiente:

"De tal manera que de acuerdo con esta disposición, la segunda instancia de la acción penal termina cuando en ella se ha pronunciado sentencia definitiva, o sea cuando ésta ha sido notificada, pues sólo desde dicha notificación puede considerarse como firmemente dictada la sentencia. Por consiguiente, si desde entonces termina el ejercicio de la acción en la última instancia, es porque desde entonces termina también la acción misma."

No hay duda que el señor Agente del Ministerio Público le dio a esta disposición un alcance que no le corresponde; con sólo pronunciarse la sentencia en segunda instancia, no termina ésta, ni se suspende la jurisdicción del que la ha dictado; tan cierto es lo anterior, que con posterioridad a su pronunciamiento puede el Tribunal decidir sobre frutos, créditos, intereses, perjuicios y costas, y "aclarar las palabras oscuras o de doble sentido que haya en la sentencia definitiva, y que ofrezcan un verdadero motivo de duda, al tenor de lo que mandan los artículos 17 de la Ley 169 de 1896 y 100 de la Ley 105 de 1890."

Lo que en realidad pone término a la segunda instancia es la ejecutoria del fallo, o la ejecutoria del auto en que se concede el recurso de casación en los casos en que hay lugar a él. Y la ejecutoria, como es bien sabido, no se verifica con el solo pronunciamiento del fallo, ni con su sola notificación, necesita, además, el transcurso de determinado tiempo, con posterioridad a esta última diligencia, para que tal operación se verifique.

Establecido que el Tribunal sí tenía facultad y jurisdicción para decidir sobre la prescripción aun con anterioridad del pronunciamiento del fallo, de fecha diciembre diez y seis del año próximo pasado, y el cual no se encontraba ejecutoriado cuando se le hizo la petición, es necesario estudiar ahora qué alcance jurídico tiene para el efecto de la casación, la providencia dictada por el Tribunal después de ese fallo en que se negó a hacer

la declaración solicitada por la defensa. Si bien esa decisión, se repite una vez más, no se hizo en el fallo mismo, y ni se podía hacer en él porque, como ya se vio, no estaba vigente entonces la mencionada Ley 5ª de este año; sin embargo, por su alcance y objeto, viene a formar parte de esa sentencia, a modo de adición o agregación necesaria, de la cual si bien se puede mirar desprendida y separada materialmente, no sucede lo mismo en cuanto su contenido y su fondo, pues se refiere al impedimento o extinción de la acción penal que había venido ejercitándose hasta antes de ejecutoriarse el fallo, o sea la prescripción, que por ser de interés social, había podido decretarse oficiosamente por el Tribunal; esa segunda providencia está, pues, íntimamente relacionada con la primera, tan importante o más que ésta, formando un solo cuerpo en la unidad del derecho.

Así consideradas las cosas, no hay duda que el Tribunal violó los artículos 93 y 95 del Código Penal, relacionados con el artículo 4º de la Ley 5ª del presente año, porque de acuerdo con estas disposiciones, la acción criminal estaba extinguida, comoquiera que tratándose de un homicidio voluntario, siendo el término para la prescripción en armonía con las disposiciones penales citadas, el doble del máximo, o sea veinticuatro años, doble del máximum de pena con que se sanciona ese delito, y atendida la rebaja de ese término que estableció la mencionada Ley 5ª, y habiéndose cometido el hecho delictuoso desde el año de mil novecientos doce, se cumplió el plazo para la prescripción desde mucho antes de dictarse la sentencia de segunda instancia. Todo lo cual quiere decir que el motivo de casación, invocado por este aspecto, es fundado y debe prosperar.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Declárase prescrita la acción criminal en este asunto; en consecuencia, póngase en libertad incondicional al procesado, para lo cual se impartirán las órdenes necesarias.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado de calificación, reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Gilberto Noriega C. por el delito de homicidio en la persona de Oscar L. Idrovo, le fueron propuestas por el señor Juez Superior de Barranquilla las siguientes cuestiones:

"Primera cuestión.

"¿El acusado Gilberto A. Noriega C. es responsable de haber dado muerte voluntariamente al señor Oscar L. Idrovo, por medio de las heridas con arma de fuego, a que se refiere la diligencia de autopsia practicada por los señores Médicos Legistas de esta Provincia, y que figura a los folios 12 y 13 del proceso; y en la ejecución de este hecho, ocurrido en esta ciudad el día veintisiete de diciembre de mil novecientos veintinueve, a las nueve y media de la mañana, en la calle del Comercio, carrera Policarpa Salavarrieta, procedió el acusado con premeditación?"

"Sí, pero impulsado por las circunstancias, y sin premeditación."

"Segunda cuestión.

"¿El acusado Gilberto A. Noriega C. cometió el hecho a que se refiere la cuestión anterior, con todas, alguna o algunas de las siguientes circunstancias: con asechanza, alevosía, cogiendo descuidada e indefensa a la víctima?"

"Nó."

El Juzgado del conocimiento, sobre la base de las respuestas del Jurado, dictó sentencia con fecha veintisiete de septiembre del año pasado, por medio de la cual, considerando al procesado como responsable de un homicidio simplemente voluntario, con aplicación del artículo 600 del Código Penal, calificada la delincuencia en el menor grado, lo condenó a la pena principal de seis años de presidio y las correspondientes accesorias.

Apelada la sentencia para ante el Tribunal Superior respectivo, éste, en fallo de siete de febrero del corriente año, la reformó, en el sentido de calificar la delincuencia del acusado en el mayor grado, imponiéndole, en consecuencia, la pena de doce años de presidio. En lo restante, confirmó la providencia del Juzgado.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el sentenciado recurso de casación, el cual le fue concedido:

Tramitado el negocio en este Despacho, de conformidad con la ley, se procede a resolver lo que fuere del caso, teniendo en cuenta la alegación presentada por el recurrente durante el traslado.

Este aduce las siguientes causales de la Ley 78 de 1923:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta, y por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar, y estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado."

El recurrente empieza por fundamentar la última de las causales anteriores, para lo cual transcribe las cuestiones presentadas al Jurado y las respuestas de éste, así como los párrafos de la sentencia del Tribunal, en que declara que no es injusto el veredicto, y que no es procedente en manera alguna, en el caso contemplado, la aplicación del artículo 604 del Código Penal, por diferir completamente las circunstancias allí expresadas con las que se cometió el hecho por parte de Noriega, conforme a las constancias del informativo.

Luego agrega el recurrente:

"Estimo que la sentencia del Tribunal no se halla en relación con el veredicto del Jurado, a pesar de haberlo estimado justo. Dijo éste en su respuesta al primer cuestionario:

'Sí, pero impulsado por las circunstancias, y sin premeditación.'

"Pregunto yo ahora: ¿a qué circunstancias pudo referirse el Jurado? ¿Será a las relatadas en mi declaración? Indudablemente que nó; porque de considerar la declaración que yo rendí en toda su integridad, sin tener en cuenta las causas que me impulsaron a dar muerte a Idrovo, hubiera tenido que considerarse el hecho como premeditado.

"Yo seguí a Idrovo con el fin de tener una explicación con él, para terminar con el estado de cosas que su conducta inicua trajo a mi familia; no puedo negarlo, pero si de aquella explicación no hubiera resultado nada bueno estaba dispuesto a vengar mi honor ultrajado. Sin embargo, cuando yo, al llamar a Idrovo, noto que éste hace ademán de sacar una arma, temiendo una agresión de su parte, disparé inmediatamente mi arma contra él, causándole las heridas del pómulo y de la tetilla izquierda.

"La verdadera intención mía era la de explicarme primero con él, y ajustar mi conducta a la explicación de Idrovo; la idea del homicidio no era la idea principal de mi cerebro, sino que yo la subordinaba al resultado de nuestra conversación. Desgraciadamente, en ésta, como en todas las ocasiones anteriores, sólo vi en Idrovo el espíritu agresivo que siempre lo dominó, cuando de reparar la falta cometida se trataba, y su ademán de sacar el arma, precipitó rápidamente la tragedia.

"Para la imposición de la pena sólo debe tenerse en cuenta qué fue lo que quiso decir el Jurado de calificación; de la interpretación que se dé a su respuesta dependerá la clase de pena que merezca el delito."

De las consideraciones transcritas deduce el recurrente que las circunstancias a que quiso referirse el Jurado de calificación no pudieron ser otras que las de haberse visto impulsado a dar muerte, por el temor de que Idrovo, frente a él, en actitud de sacar arma, pudiese atacarlo, con peligro inminente de su vida; todo lo cual se resuelve en caso de legítima defensa, comprendido en el inciso 1° del artículo 591 del Código Penal, o al menos, si se considera más bien que hubo exceso en la defensa, debe entonces estimarse su caso dentro del artículo 608 del mismo Código.

En relación con la causal de que se trata, expresa la Sala de una vez, que ella no está justificada ni por las apreciaciones del recurrente ni por las constancias de autos. En efecto: las primeras se basan en suposiciones meramente subjetivas, que inclinan el ánimo del sentenciado a pensar que las circunstancias a que se refirió el Jurado, como agregación a su respuesta afirmativa, no pudieron ser otras que las que él manifiesta, y que consignó en sus indagatorias. Pero esto no pasa de ser una simple afirmación supositiva, ya que por ninguna parte del expediente aparece la prueba de que la vida del recurrente, cuando se encontró con Idrovo, corriera algún peligro, lo que está demostrando, al propio tiempo, la segunda parte de lo aseverado arriba por la Sala.

Lo que se amolda más a la realidad de las cosas, lo que constituye más bien exacta expresión de ellas, es el hecho de que lo agregado por los Jueces de conciencia, o sea la frase "pero impulsado por las circunstancias," no indica sino el móvil del delito, es decir, lo que indujo precisamente a Noriega a disparar sobre Idrovo. Y esas circunstancias, expresadas por el Jurado en forma abstracta e indeterminada, al ser traducidas a una concreta norma legal, de acuerdo con las constancias procesales, no inducen en manera alguna a la posibilidad de colocar tal agregación en uno de los casos especialmente atenuados.

En tales condiciones, el Juzgado del conocimiento obró acertadamente al hacer caso omiso de lo agregado por el Jurado, por no corresponder ello a ninguna realidad legal ni informativa precisa y concluyente, inclinándose, por lo mismo, a la más fundada y cierta apreciación de que el veredicto, en la forma como se emitió, enmarcaba un homicidio simplemente voluntario, comprendido dentro de uno de los casos del artículo 587 del Código Penal, no previsto, por lo mismo, en disposición especial ninguna, y al cual correspondía la penalidad del artículo 600 del propio Código. Y si las consideraciones que preceden son las que más cuadran a la manera como fue formulado el veredicto y a su significación, es indudable que dentro de ellas no puede prosperar la causal invocada, porque de ahí no resulta—sino más bien todo lo contrario—que la sentencia sea opuesta a la decisión del Jurado.

"El ser la sentencia violatoria de la ley penal, por haberse aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar, tampoco tiene fundamento en las razones que expone el recurrente—como bien lo dice el señor Procurador—dado que, habiendo quedado situado el hecho en el caso de un homicidio simplemente voluntario, la disposición que le era aplicable no podía ser otra que la del artículo 600 del Código Penal en relación con el 587 de allí.

"El recurrente deduce la causal de los mismos motivos que expuso para la anterior, esto es, de que el veredicto del Jurado, al agregar que el acusado obró impulsado por las circunstancias, tuvo en cuenta la de la actitud asumida por Idrovo inmediatamente antes de que Noriega disparara sobre él, que caracteriza, según él lo entiende, el ejercicio del derecho de defensa, de que trata el artículo 591, en su número 1°; y agrega que si por haber disparado sobre su víctima cuando ésta había caído, se considera que hubo exceso en la defensa, la disposición aplicable sería la del artículo 608.

"Ya dije que esto no pasa de ser un pobre recurso de defensa. Y considero, además, que si la disposición que invoca el recurrente se refiere al caso del ejercicio del derecho de defender la propia vida o la de otra persona contra una agresión injusta, en el acto mismo del homicidio, y siempre que no haya otro medio de repelerla, en el caso presente, aun aceptando como cierta la afirmación del acusado, de que Idrovo volvió frente a él en actitud de sacar arma, esto por sí solo no caracteriza la situación del número 1° del artículo 591. Pudo temer Noriega que fuera Idrovo a hacerlo víctima de una agresión, pero la sola actitud por él asumida no constituía la agresión misma.

"Resulta de estas consideraciones que la causal invocada no se puede acoger por este motivo como fundamento de casación en este negocio."

Como subsidiaria, según expresión fiel del propio recurrente, de las causales estudiadas anteriormente, presenta esta otra: "ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta." Y la analiza de la siguiente manera:

"El Juzgado Superior de este Distrito Judicial conceptuó que la disposición aplicable es la del artículo 600 del Código tántas veces citado, imponiéndome, en consecuencia, la pena de seis años de presidio, calificada la delincuencia en tercer grado. Llegado el expediente al Tribunal, éste estimó que tal disposición es la aplicable, pero no en su parte más benéfica, como lo hizo el Juez a quo, sino en su parte más grave, por existir en la comisión del delito que se castiga, circunstancias agravantes, como el haberse cometido el hecho por una persona algo ilustrada, en un lugar central y concurrido, y la malicia, premeditación y sangre fría que tuvo el homicida para cometer el hecho delictuoso.'

"No debo dejar pasar por alto las contradicciones en que incurre el Tribunal, cuando de calificar el grado del

delito se trata. Establece como circunstancias agravantes la malicia, premeditación y sangre fría que tuvo el homicida para cometer el hecho delictuoso, a pesar de que un poco antes, en la misma sentencia, había dicho: 'no le dio lugar a Noriega a meditarlo y prepararlo con la sangre fría que se requiere en los casos de asesinato y premeditación.' Es un hecho muy cierto que si en la preparación del delito no concurrieron las circunstancias de premeditación, sangre fría y malicia, mal puede el juzgador señalar como circunstancias agravantes para la calificación de la pena, esas circunstancias a que aludo, mayormente cuando el mismo juzgador las ha rechazado ya.

"Habla también el Tribunal de la circunstancia agravante de la premeditación, para tomarla en cuenta en la calificación de la pena. No sólo el mismo Tribunal la descartó, como se ve en la frase a que antes me referí, sino que el mismo Jurado de calificación la descartó.

"Otro de los motivos que se invocan para el aumento de pena, estriba en la ilustración del reo, según la frase del Tribunal. La ilustración supone cierta clase de conocimientos, cierta clase de estudios y cierta disciplina en éstos, a la cual no estoy yo acostumbrado. Además, que en el expediente no aparece demostrada de ninguna manera esta circunstancia, y en los casos de duda debe estarse a lo favorable al reo.

"Por último, señala el Tribunal como circunstancia agravante, el haberse cometido el hecho en un lugar central y concurrido. Si se pára en mientes que no había en el lugar de los acontecimientos persona alguna que hubiera presenciado el comienzo de los hechos, se verá la poca seriedad de este cargo.

"Olvidá el Tribunal mencionar las circunstancias que me favorecen: mi falta de ilustración, la exaltación del momento, ser éste el primer delito, haber sido siempre buena mi conducta, mi confesión, etc.

"Estimo, pues, que hubo mala interpretación de la ley penal, por cuanto en vez de aplicar el artículo 600 del Código Penal en su grado tercero, aplicó el Tribunal ese mismo artículo en su primer grado."

Se considera:

Si bien es verdad que el sustentante del recurso no cita los verdaderos artículos mal interpretados y que han sido materia de la sujeta violación, o sea el 117 y el 124 del Código Penal, es lo cierto que ellos pueden considerarse como implícitamente comprendidos dentro de las razones—especialmente en su última parte—que fundamentan su alegación. Por esto la Sala opta por examinar la causal invocada, la cual se halla, por lo demás, apoyada por claros motivos de simple justicia estricta.

Es sobremodo extraño y absolutamente incomprensible que el Tribunal haya apreciado de manera tan ligera, para decir lo menos, los fundamentos de la reforma que hizo a la sentencia de primera instancia, sin detenerse a estudiar, en lo más mínimo siquiera, la razón de ser de la agravación de la pena con base en la calificación de la delincuencia del acusado en su grado máximo, pero sin asentar la existencia demostrada de las circunstancias agravantes que apenas enumeró.

Porque, efectivamente, el Tribunal se limita a decir que debe aplicarse a Noriega la pena de que trata el artículo 600 del Código Penal, "pero no en su parte más benéfica, como lo hizo el Juez a quo, sino en su parte más grave, por existir en la comisión del delito que se castiga causas agravantes, como el haberse cometido el hecho por una persona ilustrada, en un lugar central y concurrido, y la malicia, premeditación y sangre fría que tuvo el homicida para cometer el hecho delictuoso mencionado. De ahí que la pena que debe sufrir el señor Noriega C. sea la de doce años."

Es harto bien sabido, y la Corte lo ha dicho muchas veces, que para que puedan tenerse en cuenta como circunstancias agravantes algunas de las que han sido presentadas al Jurado en los casos de homicidio premeditado, de conformidad con el artículo 79 de la Ley 100 de 1892, no basta simplemente que el Jurado las haya afirmado, aun descartada la premeditación, sino que es menester que se halle plenamente demostrada la existencia de ellas, y así se pongan de relieve dentro de las consideraciones respectivas. Esto, porque la clasificación de la delincuencia es cosa que compete exclusivamente al Juez de derecho. De suerte que si en un caso como el que se contempla, el Jurado no solamente negó la premeditación sino también las circunstancias que se le presentaron como constitutivas de asesinato, con mayor razón, si cabe, hay que demostrar la existencia de algunas de tales circunstancias en el proceso, demostración que debe hacerse en forma plena o completa, para que puedan tenerse en cuenta para la calificación de la delincuencia.

Ahora bien: en el presente asunto el Tribunal ha señalado o enumerado como agravantes en contra del reo algunas circunstancias, pero sin la más mínima demostración. En efecto: la alguna ilustración del acusado a que él alude, no la trae la ley precisamente en esa forma, sino como **mayor ilustración y dignidad del delincuente**, según el numeral 4º del artículo 117 del Código. Y no es posible que a un modesto mecánico, que apenas sabe poner su firma, como él mismo lo insinúa y como se desprende de la simple vista de ella, de conocimientos escasamente rudimentarios, pueda atribuírsele de buenas a primeras una circunstancia de tal clase, que aun a muchas personas de relativa verdadera ilustración no podría deducírseles.

El haberse cometido el hecho en un lugar central y concurrido, no puede ser tampoco en este caso causal de agravación de la delincuencia, comoquiera que la ley exige es la mayor publicidad o respetabilidad del sitio del delito, con la debida demostración, y no lo que simplemente expresa el Tribunal.

Otra de las circunstancias que considera el Tribunal como agravante, es la malicia que tuvo el homicida para cometer el hecho delictuoso, según las propias palabras de aquél. Pero es indudable que si no existiera dentro del delito en cuestión la malicia de que se trata, no existiría tampoco el delito como tál; pues la malicia es un elemento que forma parte integrante de él. Basta ver al respecto la definición que da nuestro Código en su artículo 1º. Por eso la ley considera como circunstancia agravante es la **mayor malicia**, y no simplemente la malicia (numeral 3º del artículo 117).

Cuanto a la premeditación y sangre fría, a que alude también el Tribunal en su fallo, aparte de que la primera fue expresamente descartada por el Jurado, no aparece comprobada en lo más mínimo en las consideraciones del fallo, ni en el expediente, lo que sucede igualmente respecto de la segunda de las circunstancias mencionadas, fuera de que, como dice el señor Procurador, no es dable suponer la existencia de tal circunstan-

cia en el acusado, cuando su ánimo se hallaba conturbado por la exaltación producida a la vista del seductor de su hermana.

Resulta, pues, de todo lo expuesto, que no se halla comprobada ninguna de las circunstancias agravantes deducidas por el Tribunal, y sí en cambio favorecen al reo varias atenuantes, como son el haber confesado su delito, ser el primero por que se le condena, su buena conducta anterior, etc., todo lo cual hace que la calificación de la delincuencia debe situarse en el mínimo grado, ya que, según se ha visto, tiene sólido fundamento la causal invocada; por haberse violado los artículos 117 y 124 del Código Penal, debiendo, por lo mismo, casarse la sentencia en el sentido indicado.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

1º Condénase a Gilberto Noriega C. por el delito por que fue llamado a responder en juicio, previa calificación de su delincuencia en el mínimo grado, y con aplicación del artículo 600 del Código Penal a la pena principal de seis años de presidio.

2º Queda firme en lo restante el fallo que ha sido objeto del recurso.

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

PARMENIO CARDENAS—Juan C. Trujillo Arroyo, Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Al Jurado de calificación reunido para decidir sobre la responsabilidad de Marco A. Sierra, Miguel Ignacio Salazar y Aníbal Peláez, por varios hechos criminosos, el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Buga sometió los siguientes cuestionarios que se transcriben junto con sus respectivas contestaciones:

Primer cuestionario. "¿Marco A. Sierra es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haberle dado muerte con voluntad y previa deliberación a Luis López, a quien infirió dos heridas con instrumento contundente, una sobre el pómulo izquierdo y otra sobre el frontal del mismo lado, que produjeron la fractura de los huesos correspondientes a cada región, afectando la herida del frontal la masa cerebral sobre la cual penetró gran cantidad de sangre, procediendo en ello el acusado en concurso recíproco con Miguel Ignacio Salazar y Aníbal Peláez, hecho que tuvo lugar el día veintiocho de agosto de mil novecientos veintisiete, en el sitio denominado Coconuco, jurisdicción del Municipio de Versalles, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado contestó: "Sí, pero sin el concurso material de Salazar y Peláez.

Segundo cuestionario. "¿El mismo acusado ejecutó el hecho que se menciona en la cuestión principal, mediando algunas de las circunstancias que a continuación se expresan, o alguna o parte de ellas: con alevosía, sorprendiendo descuidada e indefensa a la víctima, y llevándola con engaño o perfidia al sitio en donde se consumó el delito, pretextando un negocio ventajoso para el occiso?"

El Jurado contestó: "Sí."

Tercer cuestionario. "¿Marco A. Sierra es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, del delito de falsedad en documentos privados, consistente en haber ordenado la redacción y escritura de un documento en que se hizo aparecer como supuesto comprador de treinta bestias mulares al señor Luis López, por la cantidad de tres mil pesos ($ 3,000), con el propósito preconcebido de apropiarse por este medio de las referidas treinta mulas, procediendo en ello el acusado en concurso recíproco con Miguel Ignacio Salazar y Aníbal Peláez, documento redactado y escrito en la ciudad de Cartago y fechado en la población de La Victoria (Valle), comprensión de este Distrito Judicial, el día veintisiete de agosto de mil novecientos veintisiete?"

El Jurado contestó: "Sí."

Cuarto cuestionario. "¿Marco A. Sierra es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haber tomado y dispuesto en provecho propio de treinta bestias mulares del señor Luis López, quien las tenía bajo el cuidado de José Joaquín Pino en la finca denominada El Vesubio, de propiedad del señor Francisco Guzmán, valiéndose para ello del artificio de un documento apócrifo y de un contrato falso, haciendo a la vez que un tercero le entregara al tenedor de las mulas, señor Pino, una carta también apócrifa, con la firma del nombrado Luis López, relacionada con la entrega de dichos semovientes, hecho que tuvo lugar el día tres (3) de septiembre de mil novecientos veintisiete, en la referida finca de El Vesubio, perteneciente al citado señor Guzmán, ubicada en la jurisdicción del Municipio de Cartago, comprensión de este Distrito Judicial, procediendo en ello el acusado en concurso recíproco con Miguel Ignacio Salazar y Aníbal Peláez?"

El Jurado contestó: "Sí, pero sin el concurso material de Salazar y Peláez."

Quinto cuestionario. "¿Marco A. Sierra es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haber hecho reconocer como legítimo el documento que hizo redactar y escribir, y en el cual aparece como comprador de treinta bestias mulares del señor Luis López, por la cantidad de tres mil pesos ($ 3,000), a sabiendas de que tal documento era falso en todas sus partes, y procediendo en ello el acusado en concurso recíproco con Miguel Ignacio Salazar, hecho que tuvo lugar en el Juzgado Municipal de la Victoria (Valle), comprensión de este Distrito Judicial, el día veintisiete de agosto de mil novecientos veintisiete?"

El Jurado contestó: "Sí."

Primer cuestionario. "¿Miguel Ignacio Salazar es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haberle dado muerte con voluntad y previa deliberación a Luis López, a quien infirió dos heridas con instrumento contundente, una sobre el pómulo izquierdo y otra sobre el frontal del mismo lado, que produjeron la fractura de los huesos correspondientes a cada región, afectando la herida del frontal la masa cerebral, sobre la

cual penetró gran cantidad de sangre, procediendo en ello el acusado en concurso recíproco con Marco A. Sierra y Aníbal Peláez, hecho que tuvo lugar el día veintiocho de agosto de mil novecientos veintisiete, en el sitio de **Coconuco**, jurisdicción del Municipio de Versalles, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado contestó: "Sí, como coautor intelectual."

Segundo cuestionario. "¿El mismo acusado ejecutó el hecho que se menciona en la cuestión principal, mediante algunas de las circunstancias que a continuación se expresan, o alguna o parte de ellas: con alevosía, sorprendiendo descuidada e indefensa a la víctima, y llevándola con engaño o perfidia al sitio en donde se consumó el delito, pretextando un negocio ventajoso para el occiso?"

El Jurado contestó: "Nó."

Tercer cuestionario. "¿Miguel Ignacio Salazar es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haber firmado con el nombre de Luis López el documento en que aparece Marco A. Sierra como comprador de treinta bestias mulares al nombrado señor López por la cantidad de tres mil pesos ($ 3,000), a sabiendas de que tal documento era falso en todas sus partes y de que con él se causaba perjuicio a tercero, con el propósito preconcebido de apropiarse las referidas bestias mulares, procediendo en ello el acusado en concurso recíproco con Marco A. Sierra y Aníbal Peláez, hecho que tuvo lugar en la población de La Victoria (Valle), comprensión de este Distrito Judicial, el día veintisiete de agosto de mil novecientos veintisiete?"

El Jurado contestó: "Sí."

Cuarto cuestionario. "¿Miguel Ignacio Salazar es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haber tomado y dispuesto en provecho propio de treinta bestias mulares del señor Luis López, quien las tenía bajo el cuidado de José Joaquín Pino, en la finca denominada **El Vesubio**, de propiedad del señor Francisco Guzmán, valiéndose para ello del artificio de un documento apócrifo y de un contrato falso, haciendo a la vez que un tercero le entregara al tenedor de las mulas, señor Pino, una carta también apócrifa con la firma del nombrado Luis López, relacionada con la entrega de dichos semovientes, hecho que tuvo lugar el día tres (3) de septiembre de mil novecientos veintisiete, en la referida finca de **El Vesubio**, perteneciente al citado señor Guzmán, ubicada en jurisdicción del Municipio de Cartago, comprensión de este Distrito Judicial, procediendo en ello el acusado en concurso recíproco con Marco A. Sierra y Aníbal Peláez?"

El Jurado contestó: "Sí, como coautor intelectual."

Quinto cuestionario. "¿Miguel Ignacio Salazar es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, del hecho de haber reconocido como suya, bajo de juramento, ante el Juzgado Municipal de La Victoria, la firma de 'Luis López,' puesta al pie del documento privado en que aparece Marco A. Sierra como comprador a López de treinta bestias mulares, por la cantidad de tres mil pesos ($ 3,000), y procediendo el acusado en concurso recíproco con Marco A. Sierra, hecho que tuvo lugar en la citada población de La Victoria (Valle), el día veintisiete de agosto de mil novecientos veintisiete?"

El Jurado contestó: "Sí."

Primer cuestionario. "¿Aníbal Peláez es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haberle dado muerte con voluntad y previa deliberación a Luis López, a quien infirió dos heridas con instrumento contundente, una sobre el pómulo izquierdo y otra sobre el frontal del mismo lado, que produjèron la fractura de los huesos correspondientes a cada región, afectando la herida del frontal la masa cerebral, sobre la cual penetró gran cantidad de sangre, procediendo en ello el acusado en concurso recíproco con Marco A. Sierra y Miguel Ignacio Salazar, hecho que tuvo lugar el día veintiocho de agosto de mil novecientos veintisiete, en el sitio denominado **Coconuco**, jurisdicción del Municipio de Versalles, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado contestó: "Sí, como coautor intelectual."

Segundo cuestionario: "¿El mismo acusado ejecutó el hecho que se menciona en la cuestión principal, mediando algunas de las circunstancias que a continuación se expresan, o alguna o parte de ellas: con alevosía, sorprendiendo descuidada e indefensa a la víctima, y llevándola con engaño o perfidia al sitio en donde se consumó el delito, pretextando un negocio ventajoso para el occiso?"

El Jurado contestó: "Nó."

Tercer cuestionario. "¿Aníbal Peláez es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haber firmado como testigo el documento en que aparece Marco A. Sierra como comprador de treinta bestias mulares al señor Luis López, por la cantidad de tres mil pesos ($ 3,000), a sabiendas de que tal documento era falso en todas sus partes y de que con él se causaba perjuicio a tercero, con el propósito preconcebido de apropiarse las referidas bestias mulares, procediendo en ello el acusado en concurso recíproco con Marco A. Sierra y Miguel Ignacio Salazar, y a sabiendas también de que el nombre de Luis López que aparece al pie de dicho documento era fingido, hecho que tuvo lugar en la población de La Victoria (Valle), comprensión de este Distrito Judicial, el día veintisiete de agosto de mil novecientos veintisiete?"

El Jurado contestó: "Sí."

Cuarto cuestionario. "¿Aníbal Peláez es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haber tomado y dispuesto en provecho propio, de treinta bestias mulares del señor Luis López, quien las tenía bajo el cuidado de José Joaquín Pino en la finca denominada **El Vesubio**, de propiedad del señor Francisco Guzmán, valiéndose para ello del artificio de un documento apócrifo y de un contrato falso, haciendo a la vez que un tercero le entregara al tenedor de las mulas, señor Pino, una carta también apócrifa con la firma del nombrado Luis López, relacionada con la entrega de dichos semovientes, hecho que tuvo lugar el día tres (3) de septiembre de 1927 en la referida finca de **El Vesubio**, pertenciente al citado señor Guzmán, ubicada en jurisdicción del Municipio de Cartago, comprensión de este Distrito Judicial, procediendo en ello el acusado en concurso recíproco con Marco A. Sierra y Miguel Ignacio Salazar?"

El Jurado contestó: "Sí, como coautor intelectual."

En desarrollo de esos veredictos el Juez de la causa condenó a los acusados a las siguientes penas principales:

Primero. A Marco A. Sierra, a la pena fija de veinte años de presidio que pagará en el lugar que designe el señor Gobernador del Departamento, pena que le corresponde por el delito de **asesinato**, conforme al Acto legislativo número 3 de 1910.

Segundo. A la de cinco años más de presidio, por los delitos de **falsedad en documentos privados, estafa y perjurio,** aunque la pena por estos delitos da un total de nueve años y cinco meses, así:

Por falsedad, tres (3) años; por haber hecho uso del documento falso, un año y seis meses más; por la estafa, tres años y seis meses; y por el perjurio, un año y cinco meses, siendo forzoso reducir la pena de los nueve años y cinco meses, a cinco años solamente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 71 del Código Penal. Por tanto, sufrirá Sierra como máximum de pena **veinticinco años de presidio.**

. . . . . .

Cuarto. Al pago de tres mil pesos ($ 3,000) oro al Tesoro Público, como multa igual al valor de la estafa.

A Miguel Ignacio Salazar se le condena:

Primero. A diez años de presidio, como cómplice del delito de homicidio premeditado, pena que pagará en el lugar que designe el señor Gobernador del Departamento.

Segundo. A tres años más de presidio, como autor del delito de falsedad en documentos privados.

Tercero. A un año y seis meses también de presidio, por haber hecho uso del documento falsificado.

Cuarto. A dos años cuatro meses más de presidio, como cómplice del delito de estafa.

Quinto. A un año cinco meses también de presidio, como autor del delito de perjurio, todo lo cual da un total de **diez y ocho años tres meses de presidio,,** a que se le condena.

. . . . . .

Séptimo. Al pago de la multa de tres mil pesos ($ 3,000) oro, al Tesoro Nacional, valor igual al de la estafa.

A Aníbal Peláez se condena:

Primero. A diez años de presidio, como cómplice del delito de homicidio premeditado, pena que pagará en el lugar que designe el Gobernador del Departamento.

Segundo. A tres años más de presidio, como autor del delito de falsedad en documentos privados.

Tercero. A un año seis meses, también de presidio, por haber hecho uso del documento falsificado.

Cuarto. A dos años cuatro meses de presidio, como cómplice del delito de estafa, todo lo cual da un total de **diez y seis años, diez meses de presidio,** a que se le condena.

. . . . . .

Sexto. Al pago de la multa de tres mil pesos ($ 3,000) oro, igual al valor de la estafa.

En apelación esa sentencia, el Tribunal de Buga la reformó; la parte resolutiva es del siguiente tenor:

"En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, reforma la sentencia recurrida y condena, en tercer grado, a Marco A. Sierra, Miguel Ignacio Salazar y Aníbal Peláez, a sufrir en el respectivo establecimiento de castigo, estas penas: el primero, veinticuatro años, diez meses de presidio; el segundo, diez y seis años, diez meses de presidio, y Peláez, diez y seis años de presidio. En lo demás se confirma el fallo revisado."

Contra el fallo de segunda instancia interpusieron recurso de casación los condenados, habiendo omitido fundarlo debidamente Marco A. Sierra, por lo cual su recurso se declarará desierto, lo que se estudiará más adelante.

Las alegaciones de los condenados Salazar y Peláez se estudiarán conjuntamente por ser unos mismos los razonamientos que ellos presentan.

Invocan como causal de casación la tercera de las consignadas en el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, que dice: "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."

Para sostener lo primero, o sea desacuerdo entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder, alegan así, por lo que hace al delito de falsedad:

"Para la demostración de mi aserto, haré un ligero análisis del auto de proceder para que se vea la manera como me fueron formulados los cargos y deducir de allí que la sentencia que acuso no está en consonancia con ese auto y que es por consiguiente violatoria del artículo 26 de la Constitución y del 1716 del Código Judicial que dice que la sentencia no podrá recaer sino sobre los cargos porque se ha declarado con lugar a seguimiento de causa. En efecto, por auto de fecha diez y nueve de octubre de mil novecientos veintiocho, el señor Juez 2º Superior de este Distrito Judicial, decidió del mérito jurídico del informativo que se había levantado para averiguar los delitos de falsedad en documento privado, perjurio, homicidio y estafa y descubrir los responsables de esos delitos de que éramos sindicados Marco A. Sierra, Aníbal Peláez y yo, Miguel Ignacio Salazar. En dicho proveído se llegó a la conclusión de que Sierra era responsable como autor principal de todos esos hechos; que Peláez y Salazar lo éramos como cómplices de la falsedad por haber cooperado espontáneamente y a sabiendas en la ejecución de este delito, y que yo era responsable además del delito de perjurio. Se sobreseyó temporalmente a mi favor por los cargos de homicidio y estafa en virtud de que contra mí no existía una sola prueba directa ni indirecta de mi participación en esos delitos, pues como bien lo observó el señor Juez en ese proveído, los cargos de participación punible que se me hacen, no provienen más que de las inculpaciones que me hizo Sierra dizque de haberle ofrecido mi concurso para eliminar a Luis López, cargos, agrega el señor Juez, "que no hacen más que demostrar el modo doloso como procedía Sierra y que no son suficientes para fundar una responsabilidad penal por venir de uno de los sindicados que naturalmente tiene interés en faltar a la verdad y echar sobre otros su tremenda inculpación." Agréguese a esto que el mismo Sierra en declaración posterior, rendida ante el señor Juez de la causa, dijo no ser ciertos los cargos que me había hecho en su primera indagatoria, y además, que el Miguel Ignacio Salazar a que se había referido entonces, no era yo, declaraciones que repitió en las audiencias.

"De modo, pues, que se me llamó a juicio por los cargos de perjurio y de complicidad en el delito de falsedad de documento privado, y el auto por no haber sido recurrido quedó ejecutoriado en esa forma; si se me condenó como autor principal del delito de falsedad, síguese que la sentencia en esta parte no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder."

Por lo que hace a los delitos de homicidio y estafa se expresan así los recurrentes en lo principal:

"Ahora bien: consultado con el Tribunal el auto en lo que se refiere al sobreseimiento decretado a mi favor por

los delitos de homicidio y estafa, esa alta corporación tuvo a bien revocarlo para declarar en su lugar que yo debía responder en juicio de esos delitos; empero, omitió el Tribunal en ese proveído que lleva fecha quince de diciembre de mil novecientos veintiocho, señalar la situación jurídica que me correspondiera en armonía con la prueba que arrojaba el sumario, para así poder someter al Jurado de calificación los hechos criminosos constitutivos de los delitos que se me imputaban y dar cumplimiento al mandato del artículo 47 de la Ley 169 de 1896, que dispone que en el interrogatorio que el Juez presentará al Jurado se determinará el hecho o los hechos materia de la causa, determinando las circunstancias que lo constituyen sin darle denominación jurídica."

"Debió, pues, el Tribunal, al dictar su auto de proceder contra mí por los delitos de homicidio y estafa, formularme un pliego de cargos para de acuerdo con él, atender a mi defensa, como lo hizo el señor Juez **a quo** al enjuiciarme por falsedad, diciendo que mi participación en ese delito era la de cómplice por haber cooperado espontáneamente y a sabiendas en la ejecución de ese delito.

"Como se ve, fundado únicamente en conjeturas, sin prueba directa ni indirecta ninguna sobre mi responsabilidad, me llamó a juicio por los delitos de homicidio y estafa; y fue precisamente la carencia absoluta de prueba en qué apoyar una imputación lo que hizo que esa honorable corporación incurriera en la omisión de señalar mi participación en esos delitos, o en otros términos, de calificar mi situación jurídica determinando los hechos ejecutados por mí. De manera que si en el auto de proceder no se hizo mención ninguna de las circunstancias de premeditación y asesinato que son circunstancias constitutivas de delitos diferentes al de homicidio voluntario, fuerza es concluír que el homicidio quedó planteado como voluntario, y si se me condenó como homicidio con premeditación, la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y queda justificada la tercera causal de casación."

Para resolver se considera:

Con respecto al delito de falsedad, el auto de proceder dictado por el Juzgado con fecha julio seis de mil novecientos veintiocho, formuló el cargo y la participación de Salazar y Peláez en la siguiente forma:

"Ahora, en cuanto a la falsedad del documento privado, constitutivo del contrato de venta, que dizque le hacía Luis López a Marco A. Sierra, de treinta bestias mulares de su propiedad, no sólo se ha constatado la mutación de la verdad, fingiendo la firma de Luis López, sino que el sindicado Marco A. Sierra ha confesado paladinamente tener conocimiento de que dicho documento era apócrifo, de lo cual resulta que no sólo se ha cometido el delito de falsedad en documentos privados, sino también una estafa por medio de un documento falsificado, de lo cual es responsable Marco A. Sierra, por haber manifestado el conocimiento que tenía de esta falsedad, como autor principal, y a Miguel Ignacio Salazar, como cómplice en la ejecución de esta falsedad, por haber cooperado espontáneamente y a sabiendas en la ejecución de este delito, según se deduce de las declaraciones de Pedro Rivera, quien en su segunda exposición, de foja 204, reconoció a Miguel Ignacio Salazar como el mismo individuo a quien Marco A. Sierra quiso que le citara en La Victoria para que le reconociera un documento; Eleázar Rebellón, quien, como Secretario del Juzgado Municipal de La Victoria, reconoció a Miguel Ignacio Salazar como el mismo individuo que en asocio de Marco A. Sierra, y haciéndose pasar por Luis López, fue a reconocer el documeno apócrifo, y Heriberto Avellaneda, quien, como chofer, reconoció también a Miguel Ignacio Salazar como el compañero de Sierra en un viaje emprendido a Zaragoza. Indagado Miguel Ignacio Salazar, negó sistemáticamente haber tenido conocimiento de los hechos que dieron lugar a su detención; empero, al ser indagado acerca del lugar en donde se encontraba el veintisiete de agosto de mil novecientos veintisiete, contestó que en Armenia, habiendo salido de Cartago el día miércoles veinte del referido mes de agosto; y más adelante dice que de Cartago se fue para Armenia el sábado quince de agosto del mismo año. Y al inquirir de él si conocía a Aníbal Peláez, contestó que nó, y luégo, cuando fue interrogado acerca del hecho si en La Victoria le había hablado Marco A. Sierra a otra persona de la confección de un documento, contestó: 'cuando estuve en La Victoria con Marco A. Sierra y Aníbal Peláez, ninguno de los dos me habló de la confección de ningún documento,' confesando además que fue Marco A. Sierra quien le dio a Salazar y a Peláez dos mulas para que se fueran de La Victoria a Obando. Indagado Aníbal Peláez, negó también haber tenido conocimiento alguno de lo que se investigaba; pero al ser preguntado en dónde se encontraba el día veintisiete de agosto de mil novocientos veintisiete, contestó que en Pereira, y cuando fue interrogado si sabía qué persona había firmado en La Victoria el día veintisiete de agosto del mismo año el documento apócrifo que figura a fojas 99, como elemento de convicción, dijo que había sido él quien había firmado tal documento en La Victoria, el día veintisiete de agosto de mil novecientos veintisiete; contradicciones que indudablemente acusan falta de sinceridad. Además, Bernardo Jaramillo, a fojas 222 vuelta, afirma que, encontrándose en la tienda de Alfonso Betancourt, en La Victoria, en uno de los últimos días del mes de agosto de mil novecientos veintisiete, dizque vio llegar allí dos individuos, preguntando si había estampillas de sanidad; que tales sujetos cabalgaban en sendas mulas, diciendo que uno de ellos era Aníbal Peláez, a quien el testigo conocía hacía bastante tiempo, y el otro Marco A. Sierra; circunstancia que demuestra que la firma dada por Aníbal Peláez en el documento apócrifo no fue casual, sino que sabía a quién se la daba y porqué la daba; lo que demuestra claramente que Peláez actuó como cómplice en el delito de falsedad de documentos privados."

Este auto en esta parte quedó ejecutoriado; pues del proceso conoció el Tribunal, únicamente en lo relacionado con la consulta del sobreseimiento pronunciado en favor de los procesados Salazar y Peláez, por los delitos de homicidio y estafa.

De acuerdo con las transcripciones anteriores que se han hecho del auto de proceder, el cargo que en esa providencia se les hizo a los condenados Salazar y Peláez, fue el de cómplices en la falsedad. No obstante esa situación, los cuestionarios que por tal delito se presentaron al Jurado, se redactaron como si esos procesados hubieran sido llamados a juicio como autores, cuestionarios que fueron contestados afirmativamente.

De acuerdo con estos veredictos, tanto el Juez como el Tribunal les impusieron la pena como autores del delito de falsedad en documento privado.

En repetidos fallos, primero por mayoría de los miembros de la Sala, y hoy con los votos de todos los tres Magistrados que la integran, se ha sostenido que "el auto

de proceder debe contener el pliego de cargos que se presenta al sindicado para que se defienda de ellos; y es bien sabido que la defensa se ejercita no solamente en los momentos de la audiencia, sino que ella principia concretamente desde la notificación de ese auto. De manera que desde entonces debe conocer el procesado cuáles son los cargos que se le hacen, para que ampliamente pueda defenderse.

"Lo expuesto no quiere decir que sea en la parte resolutiva de ese auto donde haya de especificarse si se trata de homicidio premeditado o de asesinato, cuando de ello se trate, porque tal exigencia iría contra lo dispuesto en el artículo 343 de la Ley 105 de 1890.

"La Corte se refiere a lo que debe ser materia de la parte motiva de ese auto, porque es precisamente de acuerdo con ella como se formula el respectivo cuestionario que se presenta al Jurado, es decir, que éste va a decidir sobre los hechos expuestos en esta parte motiva, y no sobre una cuestión de derecho, que es la planteada en la parte resolutiva. En el cuestionario no se va a decir si determinada persona es responsable del delito de homicidio, de que trata determinado capítulo, título y libro, que constituye lo que se menciona en la parte resolutiva; sino de haber dado muerte en determinadas circunstancias, es decir, acerca de hecho o hechos materia de la causa de acuerdo con el auto de proceder, dice el inciso 2º del artículo 47 de la Ley 169 de 1896."

Lo anteriormente expuesto sirve de base y antecedente para justificar la tacha que presentan los recurrentes contra la sentencia del Tribunal.

En efecto: puesto que son varios los sindicados y varios también los delitos, el Juez creyó necesario discriminar la distinta participación que cada uno de ellos había tenido, y al referirse a la falsedad, estimó que la participación de Salazar y Peláez en ese delito había sido la de cómplices; el auto de proceder en que tal apreciación se hizo, quedó ejecutoriado con el asentimiento del representante de la sociedad.

Si la defensa, como se ha visto, se inicia en concreto desde la notificación de ese auto, los procesados Salazar y Peláez empezaron la que les correspondía, defendiéndose del cargo que la autoridad les había formulado, y no de uno distinto, ni mucho menos de mayor gravedad. Si el Juez pudo errar al calificar como simples cómplices a Salazar y Peláez, ese error había podido subsanarse por los medios que indica la ley: como la apelación interpuesta por el Fiscal, con el fin de que el Tribunal le hiciera al enjuiciamiento las variaciones necesarias; pero ya que así no se hizo, ese error, suponiendo que se hubiera cometido, no puede traducirse en perjuicio para los intereses de los procesados, ni menos puede sostenerse, como lo hace el señor Procurador, que bien pudo condenárseles como autores "por más que el Juez haya calificado este hecho en la parte motiva del auto de proceder, como simple complicidad en el delito," o como afirma el Tribunal, "que son los hechos acreditados en el proceso los que determinan la situación jurídica en cada caso en particular, fijando la mayor o menor reponsabilidad en el delito, resulta que el error estuvo en la apreciación hecha en el auto de proceder, y no en el cuestionario propuesto al Jurado, conforme a la verdad procesal."

Si lo anterior fuera cierto, entonces sobraría por inútil e innecesario el auto de proceder; bastaría que una vez perfeccionado el sumario se convocara el Jurado y se redactaran los cuestionarios, no de acuerdo con ese auto, como hoy sucede, sino en armonía con las constancias del proceso; el sindicado no vendría a conocer el cargo sino hasta ese momento, la defensa anterior quedaría suprimida, y con ella el término probatorio, porque nadie puede defenderse de cargos que no conoce.

Por fortuna tal cosa no sucede ni puede suceder, porque se violarían normas protectoras y sabias universalmente admitidas y practicadas, y que nuestra Constitución reconoce, cuando ordena que nadie podrá ser juzgado sin "la plenitud de las formas propias de cada juicio."

Al perfeccionarse la investigación, el Juez tiene la obligación de calificar su mérito, sobreseyendo o enjuiciando; si opta por lo último, y es esa la situación aquí contemplada, esa calificación constituye o tiene toda la fuerza de una verdad jurídica, que una vez declarada en providencia ejecutoriada, no se puede arbitrariamente prescindir de ella con el fin de indagar en el proceso cuál sea el verdadero cargo, y sostenerlo, aun en contradicción o en desacuerdo con aquella declaración judicial, porque entonces sólo predominaría el caos y la inseguridad en el procedimiento.

Con posterioridad a la ejecutoria del auto de proceder, en asuntos que se juzgan con la intervención del Jurado, puede el juzgador de derecho entrar en análisis de las constancias procesales, aun llegando a conclusiones distintas de las allí planteadas, pero por los medios que señala la ley, tales como la injusticia notoria, la nulidad por error en la denominación jurídica del delito.

Si en materia civil la litis contestatio fija el alcance y objeto de las pretensiones, y la sentencia no puede recaer sino sobre lo que haya sido materia de ella, con mayor razón en asuntos criminales no se puede sorprender a un acusado deduciéndole un cargo distinto o de mayor gravedad del contenido en la demanda, que la autoridad, en nombre del poder social, presenta al ciudadano acusado de un hecho delictuoso para que responda de él y se defienda o explique su conducta.

Habrá casos en que no será necesario, cuando se trata de varios delincuentes que hayan tomado parte en la ejecución de un mismo hecho delictuoso, hacer mención de su distinta participación, dejando que el Jurado, con amplia libertad, fije o distribuya la responsabilidad, si fuere el caso. Mas cuando por razón de las circunstancias en que el hecho delictuoso se haya cometido, el Juez se vea en la necesidad de llamar a unos autores, a otros cómplices y a otros auxiliadores o encubridores, tal apreciación hecha en la parte motiva, que es la principal del auto de proceder, pues constituye el análisis y especificación de los hechos por quien tiene autoridad y competencia para hacerlo, no se puede mirar como no escrita para convertirlos a todos en autores al redactar los cuestionarios.

Por este aspecto no hay duda que los recurrentes tienen razón, y la casación debe prosperar.

Observaciones semejantes a las anteriores deben hacerse respecto al delito de homicidio y de la estafa.

Como ya se vio, el auto de proceder dictado por el Juzgado sobreseyó en favor de Salazar y Peláez, por ese cargo, así como por el de estafa, y el Tribunal lo revocó, para extender el llamamiento a juicio por esos delitos.

El auto del Tribunal, en lo relacionado con este delito de homicidio, contiene, entre otras, las siguientes apreciaciones:

"El cargo de homicidio ha recaído en Marco A. Sierra, quien lo consintió, desistiendo del recurso que había

interpuesto su defensor; pero como el delito puede cometerse tanto aisladamente como en concurso recíproco, e intervienen en él no sólo los que obran en cualesquiera de estas circunstancias, sino los que de modo indirecto, con sugestiones o consejos cooperan o incitan a su ejecución, cabe examinar si en el informativo se hallan reunidos los elementos que, conforme al artículo 1627, se requieren para hacer responder del cargo de homicidio y estafa a Salazar y Peláez."

Para fijar el alcance de este párrafo, es necesario relacionarlo con otras apreciaciones que el Tribunal hace en el mismo auto, tales como la de que el acusado Marco A. Sierra fue el único autor del homicidio, y que no hay una prueba directa que pudiera comprometer a Salazar y Peláez en ese delito y en la estafa, y agrega:

"Tan íntima es la conexión de los tres actos criminosos con relación al fin doloso de repartirse las mulas, que Sierra procedió a marcarlas inmediatamente, valiéndose de una carta apócrifa que, con la firma del señor López, hizo que un tercero le entregara a José Joaquín Pino, bajo cuyo cuidado estaban las mulas en la finca de **El Vesubio,** del señor Francisco Guzmán; tan estrechamente están enlazados los tres delitos y sus agentes, que la mente del juzgador no puede concebir que se hubieran comprometido Salazar y Peláez en la falsedad, sin aceptar su responsabilidad en el homicidio y la estafa; pues aunque no hay una prueba directa de que éstos hubieran intervenido en la marcada de las mulas, ni que se las hubiera distribuído, es en la gravedad del hecho ameritado, o mejor, en haber tomado el nombre de López, falsificando su firma, y en hacerlo aparecer como si en realidad hubiera vendido sus mulas, en lo que el Tribunal se funda para deducir que Salazar y Peláez son responsables con Sierra de los delitos de homicidio y estafa, por los cuales estima deben llamarse a sincerarse en juicio."

Lo anterior está indicando con toda claridad que el Tribunal no encontró una participación directa y principal de Salazar y Peláez en los delitos de homicidio y estafa, sino una cooperación accesoria; algo más: por simples deducciones no muy fundadas, ni lógicas, por tratarse de responsabilidad penal, concluye aceptando la cooperación de esos dos acusados en los delitos de homicidio y estafa, por tenerla en la falsedad; por otra parte, con tal debilidad en la prueba, no se justifica la interpretación más desfavorable, o sea el considerarlos como autores; pues las especificaciones que hizo el Juez, y más tarde el Tribunal, en el auto de proceder, no aparecen contradichas con las constancias procesales.

Quiere decir lo expuesto que el cargo que se les hizo a Salazar y Peláez en el auto de proceder, por lo que hace a los delitos de homicidio y estafa, fue el de auxiliadores, comoquiera "que por medio indirecto," con sugestiones, consejos o artificios culpables contribuyeron a que se cometieran (artículo 24, inciso 4º, Código Penal), y por este aspecto debe, por tanto, casarse la sentencia recurrida.

El señor Procurador, no obstante que al tratarse de la falsedad, sostiene que "por más que el Juez haya calificado este hecho en la parte motiva del auto de proceder como simple complicidad en el delito, pudo muy bien condenárseles como autores, acepta, sin embargo, que no se les puede condenar sinó como auxiliadores, en el homicidio y en la estafa, porque tal cargo fue el que se les hizo en el auto de proceder"; son así sus palabras para este último caso:

"Como en la sentencia se condenó a Salazar como coautor del delito de homicidio y como coautor también del delito de estafa, cargo que, de acuerdo con lo anterior, no le fue deducido en el auto de enjuiciamiento, considero que la sentencia recurrida se halla en desacuerdo con el auto de proceder, y debe reformarse, en el sentido de hacérsele responsable sólo como auxiliar o fautor de tales delitos."

Es necesario advertir que los recurrentes no tienen razón en cuanto niegan que en el auto de proceder se les hubiera hecho el cargo en homicidio premeditado; pues bien claro quedó establecida esa premeditación en lo tocante al autor principal, o sea de Sierra, del cual, como se ha visto, se les consideró como auxiliadores, y además, si esta participación la dedujo el Tribunal, fue precisamente de una serie de antecedentes, entre ellos la fabricación del documento falso, que pusieron de manifiesto la intención previa y deliberada de cometerlo, todo lo cual quedó consignado en el enjuiciamiento. En una de las sentencias pronunciadas por esta Sala, en la casación de Luis A. Mesa, se dijo:

"En esa situación es claro que al interrogarse al Jurado sobre premeditación y sobre circunstancias de asechanza, alevosía, traición, etc., es decir, considerado el delito como asesinato, y al aceptar esta clasificación en la sentencia, distinta de la que se había hecho en el auto de proceder, se le dedujo en esa sentencia un cargo que no se le había formulado en aquél, lo cual es suficiente para que se invalide el fallo y se dicte, en cambio, el que deba reemplazarlo. Al proceder así no quiere decir que se prescinda del veredicto del Jurado; su contestación afirmativa se tiene en cuenta en lo que se refiere al cargo por el cual fue llamado a juicio el procesado, o sea por el delito de homicidio voluntario. La contestación afirmativa que dio respecto de premeditación y de circunstancias de asesinato, no legitima el error del Juez al preguntarle, extralimitándose sobre esos hechos; habría podido añadir a los cuestionarios si Mesa era, además, responsable de falsificación de moneda, y no porque el Jurado hubiera dado también una contestación afirmativa, pudiera quedar la Corte en la imposibilidad, dentro de la casación, de corregir ese error, so pretexto de la soberanía del Jurado. Porque primero que esa soberanía están las normas protectoras de carácter constitucional, que ordenan, como ya se dijo, que nadie puede ser juzgado, y menos condenado, sin haberse cumplido la plenitud de las formas propias de cada juicio."

Más o menos esas observaciones son aplicables al presente caso, y se reproducen como base de la interpretación y alcance que debe darse a los veredictos.

Aceptada, como se ha visto, la cuestión principal presentada por los recurrentes, es innecesario el estudio de la subsidiaria, y que se refiere al alcance que deba dársele a la contestación del Jurado, en cuanto habló de coautores intelectuales.

Por lo que hace al recurso de casación intentado por el defensor de Marco Antonio Sierra, no admite un estudio de fondo, comoquiera que en el memorial respectivo se hacen unas cuantas consideraciones de instancia, sin que el recurrente se hubiera tomado el trabajo de arreglar la demanda a lo que prescriben los artículos 9º y 10 de la Ley 90 de 1920.

Son del siguiente tenor las alegaciones que contiene ese memorial:

"Si determináis emprender un estudio detenido y atento del informativo, vendréis al conocimiento de que

las providencias de enjuiciamiento y demás piezas que campean en los autos con pretensiones de jurídicas, no son más que un surcido ingenioso de hechos imaginarios o hipotéticos, y si entráis al proceso con verdadero espíritu analítico, os convenceréis de que la falsedad del contrato que celebré con López, la estafa y el homicidio que se me atribuyen sólo han existido en la mente de quienes en una u otra forma han intervenido en la investigación en que vengo ocupándome, y concluiréis por convenceros de que la sentencia acusada es casable en la forma en que lo fueron la referente al homicidio atribuído a Luis A. Mesa, en octubre de mil novecientos veinticinco, y la relativa al cheque que se tenía como falsificado, y apenas se trataba de una estafa, según lo declarásteis en la casación de veintiséis de agosto de mil novecientos veintiséis."

Tal estudio oficioso no puede hacerlo la Corte, por no tratarse en este recurso de una tercera instancia. Todas las demás observaciones que agrega son más o menos semejantes; de ahí que el mismo señor Procurador dijera, en relación con este recurrente, lo que sigue:

"Como este recurrente, aunque presentó un largo escrito en la demanda de casación, no la ha formulado en los términos precisos que la ley exige, considero, pues, que debe declararse desierto su recurso."

Con el fin de dictar la sentencia que deba reemplazar la del Tribunal, se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

Tanto Salazar como Peláez deben ser condenados, según lo expuesto, como auxiliadores en el delito de homicidio premeditado, y se dice que en un homicidio premeditado, ya porque este cargo se formuló con esos caracteres en el auto de proceder, ya porque la premeditación fue aceptada por el Jurado, quien descartó las circunstancias de asesinato.

El homicidio premeditado lo sanciona el artículo 595 del Código Penal, con la pena de doce a diez y ocho años de presidio; de suerte que es necesario fijar el grado en que ha de calificarse la responsabilidad.

No se encuentra en el proceso circunstancia agravante digna de tenerse en cuenta, y que pudiera llevar a elevar el grado de responsabilidad; debe tenerse en cuenta, por otra parte, que la prueba en que se basó el Tribunal para llamarlos a juicio por los delitos de homicidio y estafa, no es muy satisfactoria, y en tal situación la benignidad es el criterio más aconsejado; de manera que les corresponde, de acuerdo con el inciso 2º, artículo 27 de la obra citada, la pena de la mitad, o sea seis años de presidio a cada uno.

Como auxiliadores en la estafa cuya cuantía fue de tres mil pesos ($ 3,000), les corresponde, de acuerdo con el artículo 823 del Código Penal, en armonía con el 27, la pena de un año de presidio, calificada también la responsabilidad en el tercer grado.

Como cómplices en la falsedad del documento privado, calificada también la responsabilidad en el tercer grado, y dando aplicación al artículo 366 en armonía con el primer inciso del artículo 27, les corresponde la pena de diez y seis meses de presidio.

En cuanto a Salazar debe agregársele o mantenérsele la pena que se le impuso por el delito de perjurio, y sobre lo cual no ha versado la casación, o sea diez meses de presidio.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, por lo que hace a los condenados Miguel Ignacio Salazar y Aníbal Peláez, y en su lugar falla:

Condénase a Miguel Ignacio Salazar a la pena principal de nueve años dos meses de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno, y a pagar por vía de multa, y de acuerdo con lo que dispone el artículo 824 del Código Penal, en armonía con el inciso 2º del artículo 27 de la misma obra, la suma de mil quinientos pesos oro ($ 1,500).

Condénase al procesado Aníbal Peláez a la pena principal de ocho años cuatro meses de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno, y a pagar por vía de multa, de acuerdo con las disposiciones que se acaban de citar, la suma de mil quinientos pesos oro ($ 1,500).

Se les condena igualmente a la pérdida de todo empleo, pensión o sueldo pagaderos del Tesoro Público, si los tuvieren; a la privación perpetua de los derechos políticos, al pago de las costas procesales exigibles, y de los perjuicios que resulten de la comisión de los delitos. (Esta última condenación se agrega en virtud de lo que dispone el inciso 5º del artículo 12 de la Ley 90 de 1920, y por no haber sido ese punto materia de la casación).

En cuanto al recurso intentado por Marco A. Sierra, se declara desierto.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

En auto de fecha febrero cinco del presente año, y en cuanto a la historia del asunto, dijo esta Sala lo siguiente, al confirmar, con alguna pequeña variación en cuanto al procedimiento, el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, contra el señor Antístenes López, por injurias:

"Con fecha veinticuatro de enero del año próximo pasado, el señor Benjamín Guerrero denunció ante el Juez de Prensa y Orden Público de Pasto, a los señores Antístenes López y Luis Bastidas Bastidas, directores del periódico llamado **Orientación Liberal,** que se edita y publica en esa ciudad, en los términos siguientes:

'En el número 319 del periódico que con el nombre **Orientación Liberal** se publica en esta ciudad, bajo la dirección de Antístenes López y Luis Bastidas Bastidas, correspondiente al diez y siete de enero del presente año, en la página 3ª, en el suelto que aparece con el rubro 'La manifestación del domingo,' aparecen las siguientes frases con que se mengua mi reputación, se me vilipendia y oprobia, ya de modo directo, puesto que en algunas de ellas se indica mi persona con mi nombre, de modo de no dejar duda que esos oprobios o injurias son contra mí, ya de modo indirecto, pero con alusiones claras y terminantes de que se enderezan contra mí mismo; son estas las frases a que me refiero:

'La furia comprimida del difunto don Benjamín.'

'Don Benjamín, que parece en eterna pelea consigo mismo.'

'No pudimos oír el disco de don Benjamín, ese disco gastado y oloroso a 1910, cuando el Gran General don Benjamín Guerrero salía a dirigir a los conservadores montado en una yegua rusia y en una silla más rusia aún.'

'Pobres valencistas. Pobre don Benjamín.'

"Expresiones éstas con que se me ridiculiza. Luégo esta otra:

'Pero a las tres de la tarde el loco Benjamín, y lo llamamos así porque todo el mundo lo conoce, a pesar de que el Gobierno lo hizo viajar por el Exterior para ver si se le quitaba el salvajismo de antropoide, nos hizo escuchar su acostumbrado disco contra el liberalismo. Surgió otra vez el cavernario, el azuzador del pueblo, barbarote cerrado a la tolerancia; el burdo General dijo que era preciso acabar con los liberales.'

"Expresiones todas ultrajantes, despectivas todas contra mi honor y dignidad, y más que todo contra mi reputación y crédito personal, como hombre consciente (sic), sujeto al imperio de la razón y responsable de mis actos.

"A continuación esta otra frase:

'Lástima que los señores vasquistas, que tienen buenos oradores, toleren la exhibición de esta clase de hombres, ya que no son de este tiempo, y que deben archivarse por decencia y hasta por higiene.'

"Expresiones asímismo de invectiva e injuriosas, según la definición de las leyes sobre prensa vigentes y según el Código Penal.

"En ejercicio de mis derechos y en uso del que me dan las leyes de prensa y orden público vigentes, por el presente propongo en debida forma acusación por el delito de injurias, que entrañan las expresiones transcritas; acusación que dirijo contra los directores del expresado periódico, Antístenes López y Luis Bastidas Bastidas, contra el autor del suelto acusado, como injurioso, y contra cualquiera otra persona que, como autor, cómplice o auxiliador, resultare responsable del delito, a fin de que, mediante la investigación correspondiente, se les imponga la respectiva sanción penal."

El citado Juez de Prensa adelantó la investigación, y dictó enjuiciamiento contra el doctor Antístenes López, quien confesó en la respectiva indagatoria ser el autor del artículo tachado de injurioso; pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto declaró nulo lo actuado, por incompetencia de jurisdicción, por tener el acusado el carácter de Diputado a la Asamblea de ese Departamento, siendo por tal motivo el asunto de competencia de dicho Tribunal, según lo que dispone el artículo 43 del Código de Organización Judicial.

Siguió el juicio su curso hasta terminar con la sentencia de fecha mayo diez y nueve del presente año, en la que el Tribunal, dando aplicación al artículo 760 del Código Penal, condenó al acusado a la pena de cuatro meses de arresto, a la multa de cuatro pesos y a las costas del juicio, contra la cual interpuso apelación el condenado, y como la tramitación está surtida, se procede a decidir el recurso.

Para estimar la calidad o la mayor o menor gravedad de la injuria, es necesario tener en cuenta no sólo la situación del que la irroga, sino también la del que se presenta como ofendido. No tiene, no puede tener el mismo valor y alcance la ofensa contra el ciudadano que ni directa ni indirectamente ha dado ocasión a ella, que cuando ha mediado una provocación por parte de éste. Es tan importante esta consideración, que los Códigos Penales, inclusive el nuéstro, llegan a eximir de toda pena cuando han mediado ofensas recíprocas.

No se ha demostrado que en el presente caso hubieran existido esas ofensas recíprocas; pues el acusado López apenas transcribe en uno de sus alegatos, partes de un candente escrito, que atribuye al General Guerrero, publicado en el periódico denominado **Renacimiento**, titulado "Justa sanción," y al cual pertenecen los siguentes conceptos ofensivos, que, según la afirmación del señor López, iban dirigidos contra él. Afirmación no rectificada en forma alguna ni por el General Guerrero ni por su apoderado. Dicen así:

"..... Que cualquier pisaverde, sin más que poner su desautorizado nombre al frente de un periódico, desgarre la honra de los ciudadanos, esto no es civilización; esto es atraso; y mal puede un atrasado ser autoridad social.....

"Ya que las leyes de prensa dan facilidades para defenderse de las maldades de tánto inconsciente, es muy útil abrir el camino a la sociedad y sentar precedentes para el futuro, obteniendo el castigo de los criminales. Así ya todos saben lo fácil que es enfrenar a la picardía y poner a salvo a los ciudadanos. Fundado en estas razones acusé por injurias a un director de una hoja, y el señor Juez de Prensa lo ha llamado a juicio, con lo cual ha dado plenas garantías, pues quedan protegidos en sus derechos los asociados, cuando los desgraciados, ignorantes de la ley del caballero, saben que tienen que tascar el freno de la ley; de manera que si no por educación, por impotencia tienen que contenerse los perversos.....

"Con dos o tres ejemplares del castigo legal, se obtendrá remedio eficaz. Por eso estableceré otra acusación para el director de un grosero pasquín, que, desprovisto de ciencia, incapaz para tratar materia de fondo, hace uso del medio en que vive; lenguaje de placeras, como dejo dicho."

Mas si legalmente no están demostradas las injurias recíprocas, en cambio sí están acreditados los siguientes hechos, a los cuales hace alusión el mismo Tribunal en su sentencia, cuando dice:

"Contra ese cargo adujo el acusado la prueba que la constituyen las declaraciones de los señores Eliecer Cortés, Flavio Eraso, Julio C. Narváez, Alberto Salazar, Julio César Enríquez y Ricardo Eraso, quienes afirman:

'1. Que conocen al señor General don Benjamín Guerrero como intolerante en política, y en algunas manifestaciones públicas ha actuado con desmedida vehemencia e injusticia contra el partido liberal, lo mismo que contra las personas que pertenecen a ese partido.

'2. Que se le ha tildado y se le conoce como loco.

'3. Que en la manifestación pública que tuvo lugar en esta ciudad el doce de enero último, dijo el General Guerrero, desde uno de los balcones de la casa de don Ramón Apráez:

'Si los liberales se envalentonan, hay que tenerlos a raya.'

'4. Que esa manifestación se distinguió por la incultura que manifestaron los jefes conservadores; y, finalmente,

'5. Que en la noche de ese día el mismo General atacó al joven Jorge Bravo, y le dio de bastonazos.' ".

Tales antecedentes no justifican la conducta del señor López, pero sí constituyen un índice necesario para apreciar la mayor o menor gravedad de esa conducta; tales antecedentes ponen de manifesto que el General Guerrero es una persona especialmente combativa, y por lo mismo, tiene forzosamente que ser combatido, y que atacó con acritud al adversario, cuando el ambiente estaba enconado por la pasión política, comoquiera que tanto el discurso que él pronunciara como el escrito que con tal motivo escribió López, y que dio origen a la acusación, se produjeron en los días que precedieron a la última elección que se llevó a cabo para Presidente de la República, y a propósito de la campaña que los partidos desarrollaron con tal motivo.

No hay, no puede haber entonces, la suficiente reflexión y calma para medir todo el alcance de lo que se dice y escribe, y si en el ardor de la lucha se deslizan conceptos o epítetos inadecuados y reprobables en toda noble, serena y alta labor periodística, tal proceder no puede mirarse con criterio simplista y unilateral, sino que es necesario, para apreciarlo en toda su integridad, estudiar sus diversos factores, los cuales, en el presente caso, según se ha visto, llevan a la conclusión de que si bien los actos del señor López no pueden justificarse, tampoco tienen la gravedad que les ha dado el Tribunal, imponiéndole, como le impuso, la pena de cuatro meses de arresto, multa de cuatro pesos, y a pagar las costas, estimando que se trata de injurias graves.

Por otra parte, basta leer cuidadosamente y con serenidad el artículo acusado, para deducir que tiene un carácter más bien jocoso, en que no se sorprende la intención de perjudicar en el concepto público el honor, la dignidad, el crédito o la buena fama de que disfruta el General Guerrero.

Las expresiones que se tachan de injuriosas, y las cuales se dieron a conocer al principio de este fallo, si bien lo ofendieron personalmente, en nada menoscabaron su patrimonio moral, lo que constituye también otro elemento importante para medir el alcance de la injuria, que, por lo mismo, no puede tener el carácter de grave que se le ha dado por el Tribunal.

Quiere decir todo lo anterior, que las injurias pertenecen a la categoría de leves, que consigna el Código Penal en el artículo 761, sobre todo si se tiene en cuenta la expresa manifestación que el acusado hizo en distintos memoriales, sobre que su ánimo no fue el de ofender o perjudicar en lo más mínimo a la persona del General Guerrero; "juzgué, dice en uno de ellos, la actitud de un hombre público, en un momento dado y nada más; pues el señor Guerrero, personalmente, me merece un elevado concepto, ya por su posición política y social, ya por sus condiciones de excelente padre de familia, etc., etc."; de suerte que por este aspecto tiene el ofendido una explicación mucho más satisfactoria que muchos fallos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, reforma la sentencia apelada, en el sentido de condenar al acusado Antístenes López, con aplicación del artículo 761 del Código Penal, a la pena de apercibimiento, o sea la declaración de que ha faltado a su deber, y a pagar las costas del juicio.

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

PARMENIO CARDENAS—**Juan C. Trujillo Arroyo**—**Ignacio González Torres**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, de fecha abril veintitrés de mil novecientos treinta y uno, en la cual se condenó a Sergio López como responsable del delito de homicidio voluntario cometido en la persona de José María Hernández, a la pena de seis años de presidio, dando aplicación al ordinal 7º del artículo 587 del Código Penal, en armonía con el 600 de la misma obra, interpuso recurso de casación el defensor del condenado, alegando como causales las señaladas en los ordinales 1º y 3º del artículo 3º de la Ley 78 de 1923.

Para sustentar la primera causal, pues acerca de la tercera no se ha presentado alegación alguna, expresó ante la Corte el defensor, en forma por demás deficiente, únicamente lo que sigue:

"El señor Juez Superior, en la sentencia de diez y seis de septiembre de mil novecientos treinta, en la parte considerativa de ella dijo:

'El homicidio de que se trata, desde el auto de proceder, quedó considerado como simplemente voluntario, cometido en riña provocada por el que murió, por medio de ofensas y agresiones; y como de autos no aparece que mediaran circunstancias de traición y alevosía, es claro que el caso está perfectamente comprendido en el artículo 587, numeral 7º, del Código Penal.....'

"Tratándose, como se trata, de homicidio cometido en riña provocada por el que murió, sin que mediara traición y alevosía por parte de López, en mi sentir, el artículo que debió aplicarse fue el 602 del Código Penal, y no el 587, máxime que las ofensas de Hernández para con López fueron factor decisivo en la riña.

"Fuera de la anterior consideración, hago las siguientes, afirmando que por este aspecto también puede aplicarse el artículo 602 del Código Penal. Del expediente, de todas las pruebas recogidas, de las circunstancias que mediaron en la comisión del delito, de la buena conducta anterior del condenado, se desprende que el caso de Sergio López es uno de los menos graves, y siéndolo así, se debe aplicar la disposición citada y no el artículo 587, que no es una disposición tan especial como la del artículo 602.

"Respetuosamente someto a la consideración de los honorables Magistrados las razones que someramente he expuesto, y pido que la sentencia del señor Juez a quo sea reformada, en el sentido de aplicar el artículo 602, y no el 587 del Código Penal, y, en consecuencia, disminuír la pena de seis años de presidio en tres años de reclusión."

Se considera:

El recurrente se limita a observar, sin ensayar demostración alguna, que debió aplicarse el artículo 602, puesto que se trata de un homicidio cometido en riña provocada por el que murió; pues del expediente se desprende que se trata de uno de los casos menos graves, lo que justifica aún más la aplicación de ese artículo.

El veredicto contiene únicamente la circunstancia de haberse cometido el homicidio en riña, mas no dice quién la haya provocado, y aun cuando lo hubiera dicho, no correspondía precisamente al caso la sanción que señala el artículo 602; pues el ordinal 7º del artículo 587 prevé esa situación, a la cual corresponde por regla general la penalidad que fija el artículo 600.

Para que se dé aplicación al caso de especial atenuación que contempla el artículo 602, principalmente en el segundo inciso, es necesario que se demuestre y analice esa especial atenuación, o sea que se trata de una situación de menor gravedad, con el fin de saber si los Jueces estaban obligados a hacer uso de la facultad discrecional que ese inciso consagra. En relación con este punto, el recurrente se ha limitado a hacer la afirmación de que "del expediente y de todas las pruebas recogidas se desprende la menor gravedad"; mas esa sola afirmación no es suficiente, pues la Corte, en este recurso, y por más amplitud que haya de tenerse en materia penal, no puede oficiosamente suplir los vacíos y deficiencias de la demanda de casación, porque entonces degeneraría en una tercera instancia, perdiéndose los efectos y propósitos que el legislador tuvo en cuenta al establecer este recurso; ni menos puede darse por fundada la casación, con sólo referirse a alegatos presentados durante las instancias, porque mal se puede atacar la sentencia recurrida con alegaciones expuestas antes de su pronunciamiento.

En casos análogos ha dicho la Corte:

"Como lo ha dicho varias veces esta Sala, para que el Juez de derecho pueda aplicar el inciso anterior, es necesario que el veredicto dé margen para ello, y la razón es muy clara: se refiere este inciso a importantes cuestiones de hecho, que atenúan o disminuyen considerablemente la responsabilidad, y, por lo tanto, su reconocimiento toca a quien, por la naturaleza de su misión le corresponde, o sea al Jurado; al Juez de derecho le corresponde sólo dictar sentencia 'en conformidad con el veredicto,' y, por lo tanto, no puede modificarlo. (Artículo 49, Ley 169 de 1896).

"En el presente caso, el Jurado contestó afirmativamente y sin modificaciones el cuestionario que se le sometió, el cual se refiere a la responsabilidad en un homicidio simplemente voluntario, y en esas condiciones era de rigor la aplicación del artículo 600 del Código Penal, que dice:

'El reo de homicidio simplemente voluntario sufrirá la pena de seis a doce años de presidio, menos en los casos previstos en alguna disposición especial.'

"Esta disposición especial no puede buscarla arbitrariamente el Juez de derecho; ella tiene que depender de la norma de hecho que le haya fijado el Jurado, según su contestación, pues de lo contrario la distinta misión que la ley atribuye a esas dos clases de juzgadores quedaría alterada.

"Si en esta ocasión, y dada la contestación del Jurado ya conocida, los Jueces de instancia impusieron la sanción que señala el artículo 600 de la obra citada, tal procedimiento fue acertado y no ofrece tacha alguna.

"El inciso 2º del mencionado artículo 602 concede a los Jueces una facultad especial, en virtud de la cual, aun cuando el Jurado no agregue modificación alguna, si a su juicio se trata de uno de los casos menos graves, entre los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 597, que no sean objeto de disposición especial, puede imponer la penalidad atenuada de que trata el primer inciso ya estudiado.

"Mas en casación no basta solicitar que se aplique este inciso 2º, desprovista esta petición de toda demostración; decir que en el proceso aparece la prueba de esa menor gravedad, tal como lo dice el recurrente, sin tomarse el trabajo de analizar las distintas pruebas, para deducir las respectivas consecuencias jurídicas, es prescindir de una obligación que la Corte no puede suplir con un estudio oficioso de la cuestión, por no tratarse en este recurso de una tercera instancia."

A pesar de los defectos de la demanda de casación, se ha hecho un estudio detenido de las pruebas, para saber si en realidad los Jueces violaron, por haberlo dejado de aplicar, el artículo 602, principalmente el segundo inciso.

Los testigos, inclusive Remigio Otero, dan cuenta de que el occiso Hernández se encontraba "sumamente borracho," por lo cual caía en el suelo con la mayor facilidad; de ahí que resulte inverosímil lo que este testigo agrega en su misma declaración, cuando dice que Hernández corrió como media cuadra persiguiendo ferozmente a López. Más verosímil resulta la declaración de Marcos Escobar, quien dice que los vio "caminando lentamente por la carrera séptima hacia el norte, Sergio López y el instalador, pero no iban corriendo, ni empujándose, yendo delante López y detrás el instalador. Lo que sí advertí fue que Sergio López iba bravo, porque iba rezongando, y el instalador le contestaba también bravo, pero no distinguí qué palabras le contestaría, porque estaba ronco y no se podían apreciar las palabras. Lo cierto es que al llegar a la mitad de la cuadra, frente a una cantina que hay de mujeres públicas, se detuvieron ambos, y vi que Sergio López le tiró una trompada al instalador, quien cayó al suelo contra las piedras. Inmediatamente se paró y se arrinconó contra una puerta de la acera occidental, de allí lo persiguió Sergio López, y alcancé a advertir que le daba unos golpes al instalador, quien no hacía siquiera amagos de pegarle, y estaba agachado. Los golpes se los daba por la cabeza, más o menos, pero no pude distinguir si sería con arma, pues creía que fuera únicamente con la mano que se los causaba."

Con el testigo Escobar concuerda la declaración de Julio César López, quien dice:

"A Sergio López le vi una cosa blanca en las manos, que me pareció fuera algún pañuelo; al instalador no le vi arma. No les oí palabras, y me pareció que más bien estuvieran jugando. En eso se arrimó el instalador a una puerta que había ahí en donde estaban, y se agachó, entonces Sergio López, con la mano en que tenía la cosa blanca o pañuelo, le dio varios golpes seguidos por la cabeza y la espalda al instalador, y éste dijo: 'ayay, ¿porqué me pega?,' y se puso a llorar, y se vino para arriba, como para donde yo estaba, y lo vi chorreando sangre. En ese momento ajusté la puerta y me salí a la mitad de la calle, y le pregunté después en la esquina al instalador si estaba mal herido, porque le vi que le salía un borbollón de sangre en la parte trasera del

cuello, y me contestó: 'sí, estoy mal herido,' por lo cual le dije que se fuera a presentar a la policía. Y me contestó: 'bueno; vaya apunte a esos que están allá abajo.'"

Los peritos que examinaron el cadáver, después de describir las tres heridas que le encontraron en la cabeza, causadas con instrumento cortante, advierten que todas ellas "le fueron hechas a Hernández estando agachado, es decir, con la cabeza inclinada hacia abajo."

Todo lo anterior está indicando que el ataque por parte de López fue ejecutado con la mayor violencia, sin motivo suficiente para proceder así, y hasta desarrollado con caracteres de crueldad.

Algunos testigos, entre ellos Otero, que pretendieron alterar la verdad de los sucesos con el marcado fin de favorecer a López, llegaron hasta decir que Hernández lo había herido en una pierna con un destornillador, lo que también alegó López en su descargo. Mas los mismos peritos se encargaron de destruir tal impostura, cuando expresaron:

"Informamos a usted que el mismo día, tres de agosto último, reconocimos en el cuartel de la policía departamental a Sergio López, a quien encontramos en la cara anterior de la rodilla izquierda, hacia su parte interna, una herida de naturaleza cortante, causada con la punta de un cuchillo que en nuestro concepto correspondía al mismo cuchillo que usó Sergio López, y que nosotros describimos en el acta de autopsia. Dicha herida se la causó López debido a un zafón de la mano al irrogarle al occiso Hernández las heridas que sufrió éste, estando agachado. El pantalón de López presentaba también la rotura correspondiente a una herida cortante, y se correspondía con la herida de la rodilla."

En virtud de lo expuesto, esta Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y, por tanto, no infirma, el fallo recurrido.

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

PARMENIO CARDENAS — **Juan C. Trujillo Arroyo. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Vistos:

El señor doctor Juan C. Trujillo Arroyo, en su carácter de apoderado sustituto de la Nación, provisto de los documentos que juzgó adecuados a su intento, en libelo de fecha veintiséis de mayo de mil novecientos diez y nueve, pidió al señor Juez 2° de Ejecuciones Fiscales librara mandamiento ejecutivo contra los señores Clímaco Mejía y Pedro Jaramillo J., ambos mayores de edad y vecinos de Bogotá, "para que solidariamente paguen al Tesoro Nacional la suma de quince mil trescientos sesenta pesos ($ 15,360) oro o moneda corriente actual y los intereses legales de ella, a la rata del uno por ciento mensual, vencidos y que se venzan hasta el día del pago total y efectivo, computado sobre mensualidades de a seiscientos cuarenta pesos ($ 640) cada una, conforme a la cláusula séptima del contrato de administración, suma e intereses en que con juramento, según lo previene el artículo 1370 citado, del Código Judicial, estimo el perjuicio sufrido por la Nación, proveniente de la no rendición de las cuentas."

El Juez citado, según providencia de fecha once de febrero de mil novecientos veintiuno, en ejercicio de la jurisdicción coactiva, dictó mandamiento de pago por la vía ejecutiva, en los términos de la demanda propuesta. Y notificados personalmente de esta providencia el señor Clímaco Mejía, así como el señor Jaramillo J., ambos interpusieron recurso de apelación, que concedido según auto de fecha trece de junio de mil novecientos treinta, elevó los autos a la Corte, donde han recibido la tramitación que les corresponde.

Con fundamento en los artículos 1019, 1020 y 1370 del Código Judicial y 199 de la Ley 105 de 1890, en tiempo hábil ambos ejecutados reclamaron contra la estimación de los perjuicios hecha por el ejecutante y pidieron que para fijar esa cantidad se procediera de acuerdo con las disposiciones citadas. Admitido el incidente, se sustanció hasta que se dictó el auto de fecha cinco de diciembre de mil novecientos treinta, en que el Juez del conocimiento dispuso suspender el procedimiento en lo relacionado con el incidente de que se trata; disposición contra la cual se interpusieron los recursos de reconsideración y de apelación en subsidio; recursos que, negado el primero y concedido el segundo, tuvieron por consecuencia la traída de los autos a esta Sala de la Corte.

Con respecto al recurso interpuesto contra el auto sobre mandamiento ejecutivo de pago, debe observarse:

Base de tal proveído fue el auto dictado por la Corte Suprema de Justicia, el veintiocho de julio de mil novecientos catorce, en que se ordenó a los señores Mejía y Jaramillo que dentro de treinta días rindieran las cuentas de que trata la demanda; y el auto de fecha quince de marzo de mil novecientos diez y ocho, en que la misma Corte declaró que las cuentas presentadas no lo habían sido con los comprobantes que deben respaldar las operaciones descritas, ni habían sido exhibidas en tiempo hábil "porque debiendo presentarse a más tardar el día ocho de febrero de mil novecientos diez y seis, lo fueron el día diez de los mismos, es decir, fuera del término señalado."

Para determinar su competencia el señor Juez 2° de Ejecuciones Fiscales tuvo en cuenta sin duda la disposición del artículo 4° de la Ley 56 de 1914, que dice:

"Los Jueces de Ejecuciones Fiscales conocerán, en ejercicio de la jurisdicción coactiva, no sólo de los negocios a que se refiere el artículo 407 del Código Fiscal, sino de cualesquiera otros en interés de la Nación que les encarguen la Tesorería General de la República u otra entidad de Hacienda Nacional, ya proceda el crédito de contratos o convenios celebrados por el Gobierno o sus agentes con los extinguidos Estados, con los Departamentos o con particulares, o ya de otra causa legal, durante la existencia de la República, siempre que el contrato o convenio respectivo no establezca la prohibición determinada en el particular, o no fije una jurisdicción exclusiva."

Como ya se ha visto, el recaudo ejecutivo que fundó el mandamiento de pago es el fallo de la Corte Suprema en que declaró faltas de demostración las cuentas y estimó que su presentación había sido extemporánea; de forma que la acción instaurada ante el señor Juez de Ejecuciones Fiscales, como la demanda misma lo indica, es la que consagra el artículo 1370 del Código Judicial, que hace parte del procedimiento armónico que para estos casos establece el Código de la materia en el Capítulo X, del Título XI, Libro II. En la disposición citada se reconoce la acción ejecutiva con la estimación de los perjuicios correspondientes hecha por el actor "si el demandado no presentare las cuentas en el término que el Juez le hubiere señalado"; de forma que los antecedentes de la acción no son otra cosa que la actuación judicial anterior; lo que obliga a concluír que se trata de la ejecución de una sentencia; esto es, de aquélla en que se reconozca que las cuentas no han sido presentadas en el término que el Juez señaló. Y como nos hallamos en este caso, hay que reconocer forzosamente que la jurisdicción para conocer del negocio no corresponde al Juez de Ejecuciones Fiscales sino al Juez o Tribunal que pronunció la sentencia, como lo dispone el artículo 868 del Código Judicial. Y más si se estima que la primera condición que exige el artículo 1008 del Código Judicial para que el mandamiento de pago por la vía ejecutiva sea eficaz, es la competencia del Juez que lo dicte; lo que obliga a considerar como primordial esta determinación, cuando dicho auto se revisa por recurso de apelación, como sucede en el caso presente.

De consiguiente, el mandamiento de pago por la vía ejecutiva deberá ser revocado por la falta de competencia del Juez que lo dictó; y como el incidente relacionado con la estimación de perjuicios ha sido una consecuencia de aquella providencia, invalidada ella se hace innecesario revisar el auto que, dictado en el incidente dicho, ha subido también en apelación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, revoca el auto sobre mandamiento de pago por la vía ejecutiva, dictado por el señor Juez 2º de Ejecuciones Fiscales, con fecha once de febrero de mil novecientos veintiuno, por suma de pesos en favor de la Nación y contra los señores Clímaco Mejía y Pedro Jaramillo J., y dispone como consecuencia que se desembarguen los bienes.

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

LUIS F. ROSALES — **Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Rosales).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos veintiséis, absolvió a la Nación de la demanda de reivindicación de tres lotes de terreno que forman uno solo, propuesta contra aquélla por el señor Rafael Tanco.

Las peticiones que en su favor solicitó el demandante fueron las siguientes:

a) Restitución del globo formado por los tres lotes en referencia, situado en el barrio de Chapinero, y alinderado en la actualidad así: "Por el Norte, con la calle sesenta y tres; por el Oriente, con propiedades de Julio Lombana, Enrique Vergara y Amalia Luque de Fallon; por el Sur, con la calle sesenta y dos de por medio, con quinta de Francisco Montaña; y por el Occidente, con la carrilera del Ferrocarril del Norte, en el sitio de la estación de Chapinero."

b) Pago de todos los frutos naturales o civiles que hayan podido producir los lotes en referencia desde el primero de junio de mil ochocientos noventa y seis, hasta el día de la restitución.

c) Pago de los costos y costas del juicio.

Los hechos fundamentales fueron los que se transcriben en seguida:

"1º El veintiséis de abril de mil novecientos veintitrés compré, por escritura pública número **603,** pasada ante el Notario 4º de este Circuito, los lotes que reclamo, a la señora Sofía Suárez de Yepes. (Este hecho lo compruebo con la escritura respectiva que acompaño, debidamente registrada).

"2º Mi causahabiente, la señora Sofía Suárez de Yepes, adquirió los lotes que me vendió por compra que de ellos hizo el señor Carlos Tanco en escritura pública número **505,** otorgada el 16 de mayo de 1893, ante el Notario 4º de este Circuito. (Para probar este hecho acompaño la correspondiente escritura).

"3º El señor Carlos Tanco adquirió los nombrados lotes, por compra que hizo a los señores Dionisio Piedrahita, Manuel Cordobés, Gregorio Hernández L. y María del Carmen Carbonell de Moreno, por escrituras públicas números 959, 547 y 1538, otorgadas ante los Notarios 4º, 1º y 2º, respectivamente, con fechas...

"4º Desde hace más de treinta años ha venido verificándose la tradición jurídica de los referidos lotes hasta llegar el dominio de ellos a mis manos, por haber sido otorgados los títulos por los verdaderos dueños. (Esto se comprueba con los títulos indicados).

"5º El título mío no ha sido cancelado; está vigente, como aparece del certificado del señor Registrador de instrumentos públicos, que acompaño.

"6º Yo no tengo la posesión o tenencia material de los referidos lotes, pues desde hace mucho tiempo, estos lotes los poseen, con ánimo de señor y dueño, el Municipio de Bogotá y The Colombian Northern Railway Company Limited.

"7º El Municipio de Bogotá y The Colombian Northern Railway Company Limited, han usufructuado esos lotes desde hace mucho tiempo; y esos frutos ascienden a veinte mil pesos oro, mínimum."

En virtud de apelación del demandante contra el fallo expresado, vino el negocio a la Corte y aquí, con nuevo término de prueba, traslado de alegatos y citación para sentencia, se pasa a pronunciar la que en derecho corresponde.

A juicio del Tribunal sentenciador el actor no comprobó que la parte demandada estuviera en posesión del terreno objeto de la reivindicación. En este motivo y en esta consideración se funda la absolución,

La Corte estima que son otras las causas y motivos que permiten llegar a la misma conclusión, es decir, a la absolución decretada en la primera instancia, como se verá en seguida:

La demanda que dio origen a este pleito se estableció primeramente contra The Colombian Northern Railway Company Limited, y el Municipio de Bogotá, y fue notificada a estos demandados en nueve y ocho de mayo de mil novecientos veintitrés, respectivamente. El Municipio de Bogotá quedó descartado del juicio por haberse declarado probada la excepción de inepta demanda propuesta por el señor Personero Municipal.

La Compañía citada denunció el pleito a la Nación en memorial presentado con fecha diez de mayo de mil novecientos veinticuatro. Admitida la denuncia por el Tribunal Superior, a quien para el efecto se remitió el expediente, fue notificada la demanda a la Nación en la persona del señor Fiscal del Tribunal, con fecha primero de octubre del año últimamente citado. Al contestarla, este funcionario propuso expresamente la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

El demandante adquirió el inmueble materia de la acción reivindicatoria de que se trata, por medio de la escritura número 603 de veintiséis de abril de mil novecientos veintitrés, otorgada en la Notaría cuarta de este Circuito, en que consta la venta que le hizo la señora Sofía Suárez de Yepes.

Esta señora, siendo soltera, dijo vender a la Nación los varios lotes que hoy forman el inmueble reivindicado, según consta en los contratos escritos de fechas ocho de junio y diez y ocho de septiembre de mil ochocientos noventa y tres, y había recibido en varios contados las sumas estipuladas como precio de venta de aquellos lotes en julio de mil ochocientos noventa y tres y la última partida en enero de mil ochocientos noventa y cuatro.

La demanda de reivindicación tiene como fundamentos de hecho, por una parte, el no estar en posesión el demandante del inmueble reivindicado, y de otra el haberlo poseído y usufructuado el demandado desde el año de mil ochocientos noventa y seis, según las afirmaciones contenidas en el hecho 6º de los fundamentales de la demanda y en la segunda de las declaraciones de la parte petitoria de la misma demanda.

Las pruebas que obran en el proceso demuestran plenamente la posesión que ha ejercido la Nación sobre el inmueble reivindicado. De ello convencen las declaraciones de los testigos Roberto Camacho, José Calderón y Alejandro Duarte, testigos presenciales que indican varios de los hechos en que consistió esa posesión. Esas pruebas no hacen, por otra parte, sino confirmar la doble aseveración de la demanda acerca de que el actor no ha estado en posesión del inmueble y de que la Nación es quien lo ha usufructuado durante largos años.

Los documentos en que se acordó desde mil ochocientos noventa y tres la venta de los lotes al Gobierno Nacional, llaman particularmente la atención en cuanto ellos expresan precisa y concretamente la intención de los contratantes acerca del alcance de tales acuerdos. El artículo 1º del contrato de ocho de junio de mil ochocientos noventa y tres, dice que "Sofía Suárez **vende** y el Gobierno **compra**, una extensión de terreno para el ferrocarril de Zipaquirá,...." y el propio artículo del contrato de diez y ocho de septiembre de mil ochocientos noventa y tres, dice: "Sofía Suárez **vende** y el Gobierno **compra**, una extensión de terreno de su propiedad, ubicado en el caserío de Chapinero, y destinado para ensanchar la estación del ferrocarril de Zipaquirá, en dicho caserío....." El no haber empleado los contratantes las expresiones usuales concernientes a la promesa ordinaria de compraventa y sí los términos comprar y vender en presente de indicativo, hace resaltar la intención clara y precisa en las relaciones de los contratantes entre sí de una venta inmediata y de una entrega de la cosa vendida, también inmediata. De tal manera que la estipulación del artículo 3º de ambos contratos, relativa a la obligación de la vendedora de otorgar la escritura respectiva al recibir el precio de la venta, era solamente una formalidad que debía cumplirse para satisfacer la exigencia legal sobre el régimen de la propiedad inmueble, sin que tal formalidad desvirtuara la intención de los contratantes en orden a la actualidad de la compraventa entre los contratantes. De ahí que el Ministerio de Obras Públicas y los empleados superiores de la empresa del Ferrocarril, que todos forman la entidad oficial, informen que la posesión del inmueble así comprado la ha ejercido la Nación desde la fecha de los contratos mencionados.

A robustecer la anterior afirmación, esto es, que la fecha inicial de la posesión no controvertida que ha ejercido la Nación, es la de los contratos celebrados con la señorita Sofía Suárez, concurren las consideraciones y hechos siguientes:

1º En la época de la celebración de los contratos aludidos ya existía la carretera del Ferrocarril de Bogotá a Zipaquirá, con la cual formaba un lote continuo y contiguo el inmueble materia de tales pactos, porque así aparece de éstos clara y precisamente de manera que de hecho venía la Nación, por conducto de la empresa, ocupando y usando los lotes para los menesteres del ferrocarril. Por virtud de los contratos precitados, la Nación siguió ocupándolos con ánimo de señor o dueño.

2º Al contraer, como contrajo, la señorita Sofía Suárez la obligación de hacer las paredes, para aislar el resto del predio de la carrilera, según las voces de los contratos, dentro del plazo de noventa días, de acuerdo con el primer contrato, e inmediatamente, conforme al segundo, puesto que no se señaló término en éste, de hecho hizo entrega a la empresa de los lotes que dijo vender y confirmó la posesión u ocupación que ella venía ejerciendo. Hubo así el deslinde y demarcación o cerramiento de los lotes y de lo que se reservaba la señorita Suárez.

3º A lo dicho anteriormente se agrega que no habiéndose estipulado en los mismos contratos citados plazos para el pago del precio, y habiéndose verificado el primero de esos pagos casi inmediatamente, y dentro de pocos meses los otros hasta completar el total del precio estipulado, es completamente fundada la presunción de que el Gobierno sólo pagó después de verificada la entrega material de los lotes objeto de los contratos.

4º El actor, que sitúa la posesión de la Nación en mil ochocientos noventa y seis para el efecto de cobrar frutos, no ha suministrado prueba alguna conforme a la obligación que jurídicamente pesa sobre él como actor, de que esa posesión hubiera comenzado tan sólo en dicho año.

5º Y a la inversa, no existe en el proceso prueba alguna que contradiga la ocupación por el Estado desde la época de los contratos ni nada que infirme esta posesión a partir de esa época hasta el año de mil ochocientos noventa y seis, preconizado como inicial de la posesión por el mismo demandante.

Por donde se ve que la fecha inicial de la posesión ejercida por la Nación es precisamente la de los respectivos contratos y que sería completamente arbitrario y desprovisto de fundamento sólido la fijación de una fecha inicial distinta de esa posesión.

Finalmente, las declaraciones de los testigos Roberto Camacho, José Calderón y Alejandro Duarte, si bien indican distinta duración a la posesión ejercida por la Nación, no excluyen el hecho de que esa posesión se hubiera ejercido durante un tiempo superior al que ellos presenciaron. Es decir, las declaraciones de estos testigos abonan cierta época de posesión sin contradecir la posesión anterior.

Por consiguiente, debe reputarse que la posesión que la Nación ha tenido del inmueble sin contradicción alguna, se remonta a la fecha de los contratos mismos como su causa, y por tanto cuando se notificó la demanda a la Nación, en primero de octubre de mil novecientos veinticuatro, estaba consumada la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio por parte de ella. La excepción correspondiente debe, pues, declararse probada.

No se objete que la demanda se había notificado a **Colombian Railway Company Limited,** desde el nueve de mayo de mil novecientos veintitrés, cuando aún no se había consumado la prescripción extraordinaria propuesta como excepción por ambos demandados, porque versando la controversia sobre el dominio del inmueble que aquella compañía no pretendía para sí, era forzosa la notificación de la demanda a la Nación, quien si poseía con ánimo de dueño, para que con ella se discutiera este dominio.

Así lo confirma el artículo 978 del Código Civil al prescribir en su inciso 2º lo siguiente:

"Las sentencias obtenidas contra el usufructuario, el usuario o el que tiene el derecho de habitación, obligan al propietario; **menos si se trata de la posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él;** en este caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio."

Esta disposición demuestra perentoriamente que el propietario cuyo derecho se discute en un juicio debe ser citado personalmente para que salga a la defensa de su derecho y que la citación hecha al usufructuario, por consiguiente, no lo perjudica.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara probada la excepción perentoria de prescripción adquisitiva del dominio y absuelve en consecuencia a la Nación de los cargos de la demanda.

Queda en estos términos reformada la sentencia apelada.

Notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—**Julio Luzardo Fortoul**—El Conjuez, **Carlos Bravo**—**Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo veinte de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

Por auto de fecha treinta de octubre último, confirmó esta Sala el de dos de junio anterior, por el cual el Tribunal Superior de Barranquilla declaró inadmisible la excepción de pago propuesta por el señor Ignacio Alvarino J. en el juicio ejecutivo que a favor de la Nación y contra herederos de Ignacio Alvarino adelanta el Juzgado de Rentas Nacionales de Barranquilla.

Como de esta providencia reclama el señor apoderado del excepcionante, se procede a efectuar la reconsideración pedida.

Dice el reclamante:

"Vosotros habéis hecho una distinción confusa y deleznable entre **herederos y sucesión,** para llegar a la conclusión de identidad entre una y otros. Yo creo que tal identidad es objetable técnicamente, por haberse abandonado el significado técnico de esas palabras, según el cual ni sucesión significa herederos ni herederos sucesión, para el efecto de saber si el demandado ha sido la persona jurídica o la comunidad llamada herencia, o lo han sido los herederos individualmente considerados. La cuestión en derecho es clara: si el sujeto demandado, es decir, el sujeto pasivo de la obligación, es la herencia, no lo son los herederos, y de la misma manera si lo son los herederos individualmente considerados, no lo es la herencia. El Juez no puede, sin incurrir en grave error, cambiar la persona del demandante o la del demandado indicadas en la demanda o en el título de la obligación. Si yo demando a una sucesión representada por sus herederos, el sujeto demandado es la herencia, no los herederos, y del mismo modo si demando a los herederos individualmente considerados, ellos son el sujeto pasivo de la obligación y no la persona o la comunidad herencial, que es persona diferente. Este es el valor técnico de los términos en ley y en derecho estricto. No sé porqué la mayoría de la Sala dice que es muy frecuente en la práctica el empleo de la voz herederos como sinónima de herencia o sucesión. Es decir, que abandona el valor técnico de las palabras que si son o las hace diferentes, para acogerse a la práctica, es decir, al significado común o vulgar de los términos, cuando la ley le dice que en estos casos debe acogerse al valor técnico y no al común (doctrina derivada del artículo 28 del Código Civil)."

Se observa:

El artículo 28 del Código Civil en que el reclamante basa su impugnación a la interpretación dada por la mayoría de la Sala al título ejecutivo y al mandamiento de pago, sólo tiene aplicación cuando se trata de la interpretación de la ley, como lo indican claramente los propios términos del artículo y el rubro del capítulo de que dicha disposición forma parte. Esto hace que el referido texto legal no pueda invocarse con éxito en el presente caso por no tratarse aquí de interpretar disposición alguna de la ley, sino de fijar el alcance y sentido del mandamiento ejecutivo y del reconocimiento que ha servido de base a la ejecución.

Es verdad, como lo observa el memorialista, que en el tecnicismo jurídico la expresión "herederos de Ignacio Alvarino," de que hace uso el título ejecutivo, no es sinónima de la de—sucesión de Ignacio Alvarino;—pero

como no se trata de averiguar qué debió decir el funcionario ejecutor, sino qué fue lo que en realidad quiso decir, la dificultad no se desata por medio del simple significado técnico de las palabras. Y que el pensamiento del funcionario ejecutor fue el de dirigir la ejecución contra la sucesión de Ignacio Alvarino, está patentizado con el hecho de haber aquél decretado para el pago de la deuda el embargo de bienes pertenecientes a la citada sucesión, pues es obvio que sólo pueden embargarse bienes de propiedad de la persona o entidad ejecutada. De esa interpretación han participado tanto los herederos del señor Ignacio Alvarino al denunciar para el pago bienes de la sucesión de éste, como el Tribunal Superior de Barranquilla, según aparece del pasaje de la sentencia de excepciones que se transcribió en el auto motejado.

Es incuestionable, de otra parte, que si la ejecución se hubiera dirigido contra las personas de los herederos individualmente considerados, se ha debido especificar la proporción en que éstos debían responder de la deuda, una vez que el artículo 1411 del Código Civil estatuye que las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. De esta disposición se deduce rectamente que mientras no se conozca la cuota que a cada uno de los herederos corresponde, esto es, mientras no se haya efectuado la partición de los bienes herenciales, no se puede perseguir individualmente a los herederos para el pago de las deudas hereditarias. Contribuye todo esto a evidenciar que la ejecución no se ha dirigido ni podido dirigirse contra los herederos de Ignacio Alvarino individualmente considerados, desde luégo que no se expresó en el auto ejecutivo por qué cuota determinada respondía cada uno de ellos, ni de autos aparece que se haya efectuado la partición de los bienes herenciales de Ignacio Alvarino.

Ahora, si tanto el funcionario ejecutor, como el Tribunal de Barranquilla y la Corte estiman que la entidad ejecutada es la sucesión de Ignacio Alvarino y no los herederos de éste individualmente considerados, es obvio que no podrán embargarse para el pago bienes propios de estos últimos, y de este modo queda solucionada la cuestión de equidad que el reclamante plantea en su anterior escrito.

Y siendo dicha sucesión la entidad ejecutada, es de todo punto incuestionable que no se pueden proponer en nombre de ella nuevas excepciones—y menos aún la misma excepción de pago que fue ya fallada—porque podrían sobrevenir dos fallos contradictorios: uno que declaró no probada la excepción propuesta y ordenó llevar adelante la ejecución, y otro que podría declarar todo lo contrario, esto es, probada la dicha excepción y ordenar cesar totalmente la ejecución, lo cual determinaría la nulidad del segundo fallo, según el precepto del artículo 831 del Código Judicial. Esta consideración es de suyo suficiente para demostrar la improcedencia de la nueva excepción propuesta.

Insiste el memorialista en que se declare la causal de nulidad adjetiva consistente en ilegitimidad de la personería con que el señor Jorge A. Ruiz Quijano ha estado representando en el juicio a la heredera señora María Tiburcia Alvarino, con el carácter de cónyuge de la misma; y como en el auto reclamado se observó que no tenía aplicación en el estado actual del juicio lo establecido en el artículo 134 de la Ley 105 de 1890, por estar ya dictada la sentencia de excepciones, la cual tiene carácter de definitiva, objeta el peticionario que en el juicio ejecutivo la sentencia definitiva no es la de excepciones, sino la de pregón y remate.

Aunque el reclamante no ensaya siquiera demostrar su tesis, se exponen a continuación algunas de las razones que la mayoría de la Sala tiene para estimar que la sentencia de excepciones sí tiene la categoría de definitiva.

El artículo 824 del Código Judicial define la sentencia definitiva diciendo que es la que se pronuncia sobre la controversia que ha sido materia del juicio, o sea sobre lo principal del pleito.

En un juicio ejecutivo no hay propiamente discusión o controversia sino cuando se proponen excepciones. Faltando éstas, el juicio se circunscribe al libramiento del mandamiento de pago, el cual se dicta sin citar ni oír al deudor, y a la práctica de las diligencias ejecutivas. En tal caso, lo que se conoce con el nombre de sentencia de pregón y remate, no implica fallo sobre controversia alguna, pues es la simple declaración de que no habiendo el ejecutado opuesto excepciones, esto es, que no habiéndose suscitado controversia alguna sobre la obligación demandada, es el caso de llevar adelante la ejecución tal como se decretó y de rematar los bienes sometidos a la traba del juicio. En cambio, propuestas las excepciones, surge una verdadera controversia sobre la obligación cuya efectividad se persigue en el juicio, o sea sobre lo principal de éste, y como esa controversia viene a quedar desatada en el fallo de las excepciones, es palmario que éste tiene carácter de sentencia definitiva dentro del propio juicio, de acuerdo con la definición ya conocida.

Por las razones que se dejan expuestas, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a la revocación pedida.

Cópiese, notifíquese y publíquese en el órgano de la Corte.

LUIS F. ROSALES—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Luis F. Rosales.

El auto que precede no accede a la revocación del de treinta de octubre de mil novecientos treinta, del cual me aparté en el salvamento que se ve al folio 13 vuelto de este cuaderno.

Mantengo la opinión entonces expuesta, y por ello, ya que no encuentro en el nuevo proveído razones que la infirmen, me aparto también de él apoyándome en el salvamento anterior.

Bogotá, marzo 20 de 1931.

Luis F. Rosales—Becerra—Luzardo Fortoul — Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo trece de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Vistos:

El señor José Ramírez Gómez, en su carácter de Síndico Departamental de los Lazaretos de Antioquia, entabló con fecha siete de junio de mil novecientos veinticuatro, ante el Tribunal Superior de Medellín, demanda-

contra Antonio, Clara, Emilia y Matilde Santamaría R., para que por aquella corporación se declare "la nulidad por simulación de los contratos de compraventa que constan en las escrituras números 1297 a 1301, otorgadas ante el Notario 2º de la ciudad de Medellín, el día cuatro de julio de mil novecientos diez y nueve." En escrito posterior reformó la demanda en el sentido de pedir como acción subsidiaria, la declaración de que la causa del contrato en referencia no fue el pago del precio ni el pacto de compraventa, sino la mera liberalidad del causante, y que, consecuencialmente, sus herederos y causahabientes están obligados a pagar los derechos del lazareto con sus respectivos recargos.

El demandante adujo como hechos los siguientes:

"1º En el mes de julio de mil novecientos diez y nueve murió en esta ciudad el señor don Antonio Santamaría E.; era hombre de una riqueza grande y bien conocida, hábil para los negocios y sin vicios de ninguna clase.

"2º Dejó cuatro hijos, todos mayores de edad y vecinos de esta ciudad: don Antonio, doña Clara, doña Emilia y doña Matilde Santamaría R.

"3º En la sucesión de su señora esposa, muerta antes que él, se le ajdudicaron bienes de valor bastante grande, y después heredó a uno de sus hijos. Era dueño de las siguientes valiosísimas propiedades:

"**La Isabela,** situada en el Distrito de Jericó; **La Merced,** situada en el mismo Distrito, así como también un lote de terreno denominado **La Estrella; La Ley,** situado en el Distrito de Valparaíso; un globo de terreno situado en **Belalcázar,** en el Distrito de Anserma, Departamento de Caldas; tres acciones de veinticuatroava parte en una mina, denominada **San Rafael,** en el Distrito de Andes, y otra en un lote de terreno situado en el mismo Municipio, en la fracción de **Santa Rita,** denominado **El Silencio**. Una finca territorial denominada **La Salada** o **La Vía,** en el Distrito de Caldas; un lote de terreno situado en **El Bermejal,** de esta ciudad, y un local en el cementerio de San Pedro; un lote de terreno en manga, en la Calle de Ayacucho; otro lote en la misma calle, todo en esta ciudad.

"4º Casi en vísperas de la muerte del señor Santamaría, otorgó las escrituras números 1297 a 1301, ante el Notario 2º de esta ciudad, en virtud de las cuales transfería, a título de venta, a sus citados hijos, las propiedades que dejo relacionadas. Ventas que se hicieron por cuotas partes iguales a cada uno de los herederos, en escrituras seguidas y en una misma para todos de cada porción de bienes. El precio de la venta fue para casi todas la cantidad de cien pesos, es decir, el mismo para cada escritura. Cada propiedad de las vendidas y detalladas en las escrituras, vale muchísimas veces más del precio asignado, y entre ellas hay cual valga más de **cien pesos** el precio estipulado.

"5º Después de la muerte del señor Santamaría, y cuando fue la oportunidad de gestionar por parte del Lazareto el seguimiento de la sucesión y el pago de los derechos, se me manifestó por los herederos que no había dejado **nada,** es decir, que había muerto en **la miseria,** en otros términos.

"6º En posiciones tomadas a uno de los herederos, manifestó que ellas (las mujeres) no tomaron participación en el negocio con su padre, y que fue don Antonio, su hermano, quien se los propuso cuando ya estaba convenido, y que ellas aceptaron."

Como disposiciones aplicables al pleito, citó las de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil; el 15 de la Ley 95 de 1890, y el 15, numeral 2º, de la 170 de 1890.

Los demandados, a quienes se corrió traslado de la demanda, se opusieron a ella, aceptando algunos hechos y negando otros. Propusieron, además, las excepciones perentorias de carencia de personería en el Síndico, en su aspecto sustantivo para ejercitar la acción propuesta, inexistencia de la obligación que se demanda y petición de un modo indebido.

El Tribunal de Medellín, previos los trámites de la primera instancia, falló la controversia, no accediendo a hacer las declaraciones pedidas.

De la sentencia, que lleva fecha diez de octubre de mil novecientos veintinueve, se toman los siguientes apartes, que la Corte acoge como fundamento del fallo que va a proferir:

"Según el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, se puede alegar la nulidad de los actos civiles" por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejercitado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

"La declaración de nulidad ha sido pedida aquí por la Nación, que no intervino en la celebración de los contratos. Precisa estudiar, pues, si la Nación, como persona jurídica, tiene interés en esa declaración."

"El interés a que se refiere la disposición citada, es solamente un **interés jurídico,** un interés actual y directo, no eventual o de mera expectativa. Así lo ha dicho la Corte Suprema en muchas ocasiones. (Números 2075, 51, 92, 1845, 2924, 3783 y otros, del tomo tercero de la **Jurisprudencia de la Corte).**

"En el caso de este pleito, el interés se hace consistir en que, declarada la nulidad, la Nación tendría derecho a cobrar un impuesto sobre la mortuoria de Antonio Santamaría. Pero no se ha probado que, considerando los bienes materia de los contratos como de propiedad de la mortuoria, haya lugar al impuesto, ya que éste grava solamente el haber líquido, y no se sabe si el señor Santamaría debía al morir cantidades cuyo valor exceda al de los bienes vendidos.

"Se observa también que a la fecha de los contratos, la Nación no tenía un interés jurídico actual, directo y positivo, sino uno futuro, eventual e indirecto, porque sólo tenía la expectativa de llegar a ser acreedor de los herederos, en razón de los bienes pertenecientes a la mortuoria, y que si los herederos pueden pedir la nulidad de los actos ejecutados por su causante, no obstante que la fecha de tales actos tampoco tiene sino una mera expectativa, ello es porque representa la persona de su causante, lo que no ocurre en los acreedores hereditarios ni en los de los herederos.....

"Por estas razones se puede considerar que los actos acusados, supuesto el vicio que se les atribuye, no lesionaron derechos de la Nación, relativos a la renta sobre las mortuorias, sino que alejaron o extinguieron una mera expectativa. Así, pues, cuando se celebraron los contratos el interés de la entidad demandante en relación con la nulidad de ellos, era futuro, eventual, de mera expectativa, indirecto, y el que tenga ahora no se ha probado, por lo que se dijo atrás, y de todos modos sería indirecto, y debido a la falta de prueba, es apenas hipotético."

La declaración subsidiaria pedida por el actor fue negada, igualmente, por el Tribunal, en los siguientes términos:

'En cada una de las escrituras de venta aparece estipulado un precio, y aparece confesado el pago de ese

precio. No se ha probado que el precio fuera ficticio, fingido, ni que no se haya pagado. Sobre el no pago no aparece sino la declaración de Felipe Mejía (folio 54). Dice Mejía que intervino como testigo actuario en el otorgamiento de las escrituras 1297 a 1301, y que no vio allí ninguna entrega de dinero por parte de los otorgantes. No tiene fuerza probatoria plena el testimonio de que se trata.

"Apareciendo en las escrituras la estipulación de precio, y no habiendo la prueba de que esa estipulación fue ficticia, no se puede afirmar que no hubo causa lícita, ya que para el vendedor la causa es el precio. Produce nulidad en los actos civiles la falta absoluta de causa o la ilicitud de la causa. Aquí hubo una causa: el precio. Y esa causa es lícita. De modo que no se puede declarar la nulidad por simulación de los contratos, en el concepto de carecer éstos de causa, ni se puede declarar que la causa fue la mera liberalidad, puesto que aparece otra."

Por su parte, el Procurador de la Nación, en la vista de fondo que rindió, dice lo siguiente:

"Considero justo el modo como se falló el presente negocio; pues las razones expuestas por el Tribunal muestran claramente la imposibilidad legal en que se encontraba para hacer las declaraciones pedidas por el actor. Y es que tal vez no haya en derecho cosa más difícil que probar la simulación de un contrato, porque las partes se cuidan astuta y celosamente de llenar todas las formalidades externas, procurando no dejar rastro alguno que denuncie sus verdaderas intenciones. En las escrituras que obran en este asunto, por ejemplo, aparecen los cuatro requisitos para la validez de todo contrato, a saber: capacidad, consentimiento, objeto y causa. Deteniendo, pues, la atención en estos elementos, no puede declararse simulación alguna. Ahora: en cuanto a la verdadera intención de las partes, es decir, en cuanto al elemento interno, no aparece en el expediente una prueba plena de que realmente lo que hubo fue una verdadera donación disfrazada bajo las apariencias de una compraventa. Porque los indicios que en él encontramos no son suficientes, como muy bien lo expresa el Tribunal, para formar la prueba completa de que se cometió una simulación por los contratantes. No siendo procedente la acción, es innecesario decidir sobre las excepciones propuestas."

En atención a las razones que quedan expuestas, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la providencia apelada.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—**Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo quince de mil novecientos treinta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Vistos:

Este proceso ha venido a la Corte procedente del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en apelación del auto ejecutivo pronunciado por el Juez de Rentas Nacionales del Atlántico, el veintisiete de agosto último, contra los señores Ditta Moanack & Co., por la suma de doscientos cincuenta y seis pesos ochenta y tres centavos oro legal, intereses respectivos y costas del juicio.

En la Corte se ha tramitado el recurso legalmente, y debe, por tanto, dictarse la resolución que corresponda.

No es posible resolver en el fondo sobre el recurso pendiente, porque en el Juzgado a quo no fue preparado debidamente. En efecto: el ejecutado Antonio Moanack fue notificado e intimado del auto ejecutivo el cuatro de febrero último, y al final de esa diligencia manifestó que pediría reconsideración del mandamiento ejecutivo, recurso que formalizó el día siguiente, por medio del memorial suscrito por su apoderado constituído, y en el cual se solicita, con toda precisión, la reconsideración del auto ejecutivo, interponiendo apelación en subsidio.

Conforme al artículo 42 de la Ley 40 de 1907, "Los autos interlocutorios y de sustanciación son reformables y revocables por el mismo Juez que los pronuncie, por causa legal y a petición de parte legítima, hecha dentro del perentorio término de tres días, contados desde la notificación del auto. Por tanto, ningún auto de sustanciación o interlocutorio puede considerarse ejecutoriado mientras no transcurran los tres días que se conceden para solicitar su reforma o revocación."

Dos recursos distintos, pues, hizo valer el ejecutado contra el proveído de que se trata, ambos legales e interpuestos en tiempo oportuno, y sin embargo el Juzgado del conocimiento concedió el subsidiario, que es el de apelación, guardando silencio respecto del principal, o sea el de reconsideración.

No puede desconocerse al ejecutado el derecho que tiene a que se le dé curso y se resuelva el memorial de reconsideración. La apelación, como subsidiaria que es, no puede concederse, sino en el evento de que el recurso principal no prospere.

La Corte no ha adquirido jurisdicción para conocer del recurso, porque el Juez a quo no la ha perdido; y si la tuviera, y verbigracia, confirmara el auto apelado, el juicio quedaría inminentemente expuesto a presentar una situación de hecho en extremo anómala; pues como la confirmación del auto no podrá privar al ejecutado del derecho a que se ha hecho mención, del cual podría hacer uso no obstante esa circunstancia, vendría el inferior a revisar, por vía de reconsideración, una providencia ya confirmada por el superior, lo que pecaría contra triviales reglas de procedimiento.

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema, oído el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se abstiene de conocer el recurso de apelación concedido contra el auto ejecutivo ya nombrado, mientras no sea decidido el de reconsideración que se ha hecho valer contra la misma providencia.

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

LUIS F. ROSALES—**Julio Luzardo Fortoul—Enrique A. Becerra—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

Organo oficial de la Corte Suprema de Justicia.

Tomo XXXVIII | Bogotá, 1.o de abril de 1936 | Número 1878

JURISPRUDENCIA RAZONADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO XXXVIII DE LA 'GACETA JUDICIAL'

por

JULIAN MOTTA SALAS

Relator de la Corte Suprema de Justicia.

A

Págs.

ABANDONO DE UNA MINA. 1—En un juicio ordinario instaurado por el denunciante de una mina alegó en el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal y como motivo de violación de la ley sustantiva sobre minas, el abandono de una de éstas por el opositor al denuncio. La Corte citó sobre el punto una doctrina suya anterior, en la cual dijo lo siguiente:

«....Siendo las causales de abandono legal de una mina taxativas y específicamente determinadas en el artículo 345 del Código de Minas con sus concordantes, el abandono pretendido por el recurrente carece de base.» (Casación, diciembre 13 de 1930), XXXVIII..... ..... 383, 1ª

ABOGACÍA. 2—El artículo 13 de la Ley 21 de 1931 no es violatorio del artículo 31 de la Constitución Nacional ni del Acto Legislativo número 1º de 1921. Véase el número en que se transcribe la parte correspondiente de la sentencia de la Corte Plena sobre el punto referente al ejercicio de la abogacía por las personas que hubieren terminado sus estudios de derecho. (Sentencia, diciembre 15 de 1932), XXXVIII..... 322, 1ª

ABUSO DE AUTORIDAD. 3—Se siguió causa criminal de responsabilidad por los trámites extraordinarios contra un Gobernador por haber cumplido o llevado a efecto decretos suyos que habían sido suspendidos por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El Tribunal había suspendido el primer Decreto del Gobernador por el cual nombraba Médico Legista de una zona a un profesional en vez de otro que había obtenido el puesto por concurso, conforme a las disposiciones de una ordenanza; el Gobernador miró con indiferencia la orden de suspensión y dictó otro Decreto de la misma índole, alcance y extensión del anterior para volver a nombrar al mismo profesional como Médico Legista.

La Corte, como fundamentos de la sentencia en que condena al Gobernador a la pérdida del empleo conforme al inciso 2.º del artículo 564 del Código Penal, expone:

«Si un Gobernador pudiera libremente cumplir o no cumplir un auto de suspensión de esa clase, la institución de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo constituiría un rodaje inútil, y baldías serían las acciones que la ley concede a los ciudadanos para demandar la nulidad y obtener la suspensión previa de autos o decretos que violen la Constitución, la ley, las ordenanzas, o que sean lesivas de derechos civiles; semejante trastorno del orden social y jurídico es perfectamente inaceptable.» (Sentencia, octubre 13 de 1932)..... 224, 1ª

ACCESIÓN. 4—Por virtud de la accesión reconocida por el artículo 739 del Código Civil, se establece sobre el terreno en que otro ha plantado, sembrado o edificado, a ciencia y paciencia del dueño del terreno, una propiedad que obliga al dueño del terreno, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera. Y no puede suceder otra cosa desde luégo que la tolerancia del propietario del terreno a que otro plante, siembre o edifique en lo suyo, es una aquiescencia tácita que compromete su responsabilidad patrimonial en beneficio de quien incorpora sus actividades y capital en terreno ajeno: puede decirse que se establece una copropiedad confirmada por la tácita declaración de una volun-

Págs.

tad revelada por el obrar de ambos propietarios, el del que planta, siembra o edifica, y el de quien deja que todo esto se haga en su propio terreno. Y como es lógico y jurídico que ese obrar consciente produzca algún efecto, por ello la ley declara la existencia de prestaciones mutuas entre los propietarios. (Sentencia, Sala Civil de única instancia, septiembre 8 de 1932), XXXVIII..... 281, 2ª

ACCIÓN PÚBLICA. 5—(No tiene cabida cuando se trata de una ley que aprueba un contrato). Con fundamento en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 se pidió la declaración de inexequibilidad, como violatoria de la Constitución Nacional, de la Ley 80 de 1931, «por la cual se aprueba un contrato sobre explotación de petróleo nacional de yacimientos del Norte de Santander,» especialmente en su artículo 1.º y en algunas cláusulas mencionadas de dicho contrato. Afirmó el actor la competencia de la Corte basándose en la atribución contenida en el artículo 41 del Acto legislativo citado, asegurando que ella depende de la naturaleza misma del contrato, porque si sus cláusulas esenciales violan la Constitución, es lógico deducir que a la Corte le corresponde decidir definitivamente sobre la validez del mismo, por estar o nó ajustada a los preceptos constitucionales la ley que lo aprueba; que la Nación, tanto como persona jurídica de derecho público como persona jurídica de derecho civil, es incapaz para obligarse por medio de contratos que violen las disposiciones constitucionales, y que, por consiguiente, la jurisdicción para anular esa clase de contratos aprobados por la ley, es privativa de la Corte como Tribunal especial encargado de la defensa de la integridad de la Carta y de la soberanía del Estado; que la Corte no puede inhibirse de ejercitar tal atribución en tal caso «porque entonces el artículo 41 del Acto legislativo citado sería inútil,» y la Corte se desprendería de su más alta facultad de jurisdicción para guardar los preceptos constitucionales, como que se llegaría al error de que tanto el Poder Ejecutivo como el Congreso pudieran celebrar contratos contrarios a la Constitución, y que si la Corte tiene autoridad para conocer de las controversias relativas al cumplimiento de contratos celebrados entre el Gobierno y los particulares, con mayor razón habrá de tenerla para decidir sobre la constitucionalidad de ellos, etc.

Encontrando la Corte semejanza entre la ley que aprueba un pacto de derecho público internacional y la que reconoce la existencia del consentimiento bilateralmente emitido en los contratos de derecho privado, adujo en apoyo de su sentencia las razones que tuvo en cuenta con motivo de la acusación por inconstitucionalidad de la Ley 14 de 1914 que aprobó el Tratado entre la República de Colombia y los Estados Unidos, y sobre el caso de la demanda de inconstitucionalidad de la ley que aprobó un contrato privado dijo lo siguiente, en que queda expuesta su doctrina:

«Respecto de los contratos, aunque es cierto que las leyes que los aprueban están sometidas en su formación a todas las ritualidades constitucionales que requieren esos actos legislativos, difieren notablemente, como los aprobatorios de tratados, de las leyes ordinarias. Dijo la Corte refiriéndose a estas últimas, en la sentencia arriba copiada:

"Las leyes ordinarias son actos unilaterales, expresión de la voluntad del soberano que manda, prohibe o permite, que se cumplen con el solo requisito de la promulgación. Aquélla es elemento de un acto jurídico complejo, es la manera como una de las partes contratantes manifiesta su consentimiento a las estipulaciones de un pacto sinalagmático internacional....."

La ley aprobatoria de un contrato es también la aceptación, por una de las partes contratantes, de los derechos y obligaciones contenidos en el contrato; es la manera de perfeccionar el consentimiento en los contratos que la Nación celebra cuando tal requisito es indispensable para ello. Y que se trata de una ley de carácter especial, lo demuestran precisamente las circustancias de no obligar sino a las partes contratantes en lo relativo a las materias contenidas en las estipulaciones y durante el término de la duración del convenio, mientras que las otras leyes obligan a todos los miembros del Estado, ya sean entidades colectivas o individuales. Precisamente, por este mismo carácter especial, la ley que aprueba un convenio no puede ser derogada, no puede ser modificada en sus términos por el legislador sin el consentimiento del otro contratante, consentimiento que el Congreso no tiene que solicitar del otro, para modificar las leyes de naturaleza distinta. Las leyes aprobatorias de los contratos celebrados para establecer relaciones de derecho privado, sujetas como están a la libre manifestación del consentimiento de los estipulantes, según las determinaciones positivas al respecto, son leyes especiales, y los contratos que aprueban, sólo pueden invalidarse por causas estatuídas de antemano, que los hagan ineficaces, o por el mismo consentimiento de las partes que en ellos intervinieron, y mediante el juicio respectivo. Las acciones que tiendan a satisfacer estos objetivos son acciones de derecho civil, que no pueden confundirse con las acciones públicas, tendientes a mantener incólumes las instituciones políticas. La acusación no va dirigida sustancialmente contra la ley sino contra el contrato mismo, una vez que en él se contienen las estipulaciones que el demandante considera lesivas de los cánones constitucionales que se señalan como infringidos por aquéllas. Trátase, en definitiva, de que se decida si las cláusulas de la convención se hallan en pugna con las de la Ley Fundamental. El artículo 41 del Acto

Págs.

legislativo invocado por el demandante, estatuye: (Aquí él). De acuerdo con conocidas reglas de hermenéutica legal, para desentrañar el verdadero espíritu y alcance del anterior texto, no debe tomársele aisladamente, sino que es menester conexionarlo con otros preceptos del mismo Estatuto, que guarden relación con él. Uno de ellos es el contenido en el artículo 26, que consagra el principio de justicia universal, de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio. Se dice que el referido artículo 26 guarda relación en el caso actual con el 41 de la Reforma Fundamental del año 10, por cuanto si se sometiera la ley acusada, o más propiamente el contrato por ella aprobado, a la acción pública ejercitada en la demanda, se podría llegar, en caso de que tal acción prosperara, a romper el vínculo contractual sin audiencia de las partes que concurrieron a formarlo; ya que el procedimiento establecido en la sobredicha enmienda constitucional no da campo a que dichas partes intervengan en forma alguna en el debate. Esto hace ver que en concepto del constituyente colombiano, la acción pública de que se viene haciendo mérito no tiene cabida, cuando se trata de una ley que aprueba un contrato, comoquiera que no se puede, sin menoscabo de la norma consignada en el artículo 26 del Estatuto, declarar disuelto, a espaldas de las partes contratantes, el vínculo de derecho originado del concurso de voluntades; pues a tanto equivale ello como a condenar a aquéllas sin haberlas oído y vencido en juicio, desde luégo que el fallo que se pronunciara declarando la inexequibilidad de la ley, produciría los mismos efectos civiles que una sentencia dictada en juicio contradictorio, y en que se pusiera término al contrato. Y si a lo dicho se añade que no hay plazo alguno para el ejercicio de la acción popular de que se trata, se podrían palpar las graves consecuencias que para el crédito del país y para la explotación de las riquezas nacionales traería el pretender someter a dicha acción las leyes aprobatorias de contratos celebrados por el Gobierno con personas naturales o jurídicas, dado que en cualquier tiempo y por ingentes que fueran las erogaciones que tales entidades hubieran hecho en la ejecución del pacto, podría éste caer, mediante una acusación de inexequibilidad de la ley respectiva, sin conocimiento de las partes a quienes tal declaración viniera a perjudicar, y sin darles campo a defensa alguna. (Sentencia de la Corte Plena), XXXVIII..... 542, 2ª y 543, 1ª y 2ª

Salvó su voto el Magistrado doctor José Miguel Arango.

ACCIÓN REIVINDICATORIA. 6—Cayetano Pineda y Bartola Pineda de Mora demandaron a Griselda Vergel de Quintero ante el Juez 2.° del Circuito de Ocaña en juicio de reivindicación de un terreno denominado *La Gallineta*, acompañando a la demanda la escritura número 133 de 21 de marzo de 1907, otorgada ante el Notario de Ocaña, sobre protocolización de la hijuela que se les formó en el juicio de sucesión de su padre José León Pineda, y la escritura número 279 de 21 de junio de 1881, otorgada en la misma Notaría, en la cual consta que este último adquirió el inmueble reivindicado de Celedonia Pineda. Absuelta la demandada de los cargos de la demanda y confirmado el fallo por el Tribunal de Pamplona, recurrieron en demanda de casación los actores acusando la sentencia de violación directa de los artículos 762, 946 y 950 del Código Civil, ya porque el Tribunal había sostenido que era preciso demostrar que el reivindicador tuvo en algún tiempo la cosa en su poder, ya porque sostuvo también que la presunción de dominio a favor del poseedor no se infirma con las escrituras públicas con que un tercero demuestre la legítima adquisición de un inmueble, ora porque estimó que las dos escrituras mencionadas no acreditaban el dominio de los actores contra la demandada, la cual no adujo ninguna escritura demostrativa de su propiedad.

Dijo la Corte:

«El Tribunal, indudablemente, violó las disposiciones citadas ya, porque el ejercicio de la acción reivindicatoria no está subordinado al anterior cumplimiento de actos de posesión, como lo indica claramente el artículo 946 del Código Civil, el cual resulta infringido por el fallo de segunda instancia. También es inadmisible la teoría de que contra el simple poseedor no bastan las escrituras demostrativas del dominio en favor de terceros que no hayan tenido antes la cosa en su poder, alegándose que ellas no enervan la presunción establecida por el artículo 762. Ese modo de pensar da una extensión ilimitada, que no tiene, al referido artículo, y determina su violación en el caso que se contempla. Con las escrituras a que se ha hecho alusión los actores comprobaron ser dueños del terreno denominado *La Gallineta*, al paso que la demandada no produjo en favor suyo prueba alguna de la propiedad. Hubo, en consecuencia, violación de los artículos 762, 946 y 950 del Código Civil. La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en el sentido indicado. Es asímismo viable el cargo referente al error de hecho y de derecho en la apreciación de las escrituras números 279 y 133, desde luégo que probando ellas que León Pineda había comprado el inmueble reivindicado, y que éste se adjudicó a sus herederos, el Tribunal no estimó bastante esa prueba para despachar el fallo en favor de los actores,

Págs.

con menoscabo de claros preceptos legales, como los señalados por el recurrente.» (Casación, XXXVIII, marzo 5 de 1931)..... ..... 524, 2ª y 525, 1ª

ACCIÓN RESOLUTORIA DIVISIBLE CUANDO EL OBJETO DE LA VENTA ES DIVISIBLE. 7 Carlota Escobar, viuda de Monedero, vendió a Matías Plaza unos bienes raíces a largo plazo por la suma de $ 24,269 de diez décimos; los bienes quedaron hipotecados para el pago; otorgó testamento la vendedora, incluyó en él el crédito contra Plaza e instituyó como herederos, entre otros, a Gabriela Monedero, hija suya legítima. En el juicio de sucesión correspondiente se inventarió el crédito por la suma que fue precio de la venta y en la partición se le adjudicó a Gabriela la suma de cuatro mil novecientos sesenta y tres pesos con seiscientos veinticinco milésimos de peso ($ 4,963·625 milésimos). Muerto Matías Plaza demandó Gabriela a su sucesión para que se declarase la resolución del contrato de compraventa entre Carlota Escobar viuda de Monedero y Plaza, con la consiguiente indemnización de perjuicios. Tanto el Juzgado como el Tribunal rechazaron la acción instaurada. Se ocurrió en casación contra la sentencia del Tribunal por violación de los artículos 1155, 1401, 1546 y 1930 del Código Civil, «por haber sido, se dijo, interpretados erróneamente, puesto que el Tribunal ha deducido de los dos últimos artículos una acción indivisible para los herederos.»

En cuanto a este cargo dijo el Tribunal:

«Con todo, con ser que en principio puede la actora demandar, como lo hizo, la resolución del contrato, en lo que a la parte del crédito a cargo de los herederos del señor Matías Plaza le correspondió en la sucesión de la vendedora doña Carlota Escobar, como asignataria legítima, por la naturaleza de la acción resolutoria, que no admite que el contrato se resuelva en parte y en parte nó, lo que quiere decir que el contrato no puede resolverse sino totalmente, la demanda resulta ineficaz en este caso, por la no concurrencia de los demás asignatarios del crédito en mención a demandar de consuno con la señora Monedero. Es cierto que la equidad se resiente, porque no es justo que quien tiene su derecho definido no lo pueda ejercitar sino con el concurso de sus acreedores; pero esta solución la impone la propia naturaleza del vínculo jurídico, al cual, además de la demandante, quedaron sujetos los demás asignatarios entre quienes fue dividida la acreencia. Faltó, pues, que hubieran obrado de consuno los que a dicho crédito tenían derecho, aunque hubiera sido respecto de la cuota que a la actora le correspondió en la sucesión.»

La Corte estima fundado el cargo y casable la sentencia «por las mismas razones que sobre este mismo punto expuso en casación de veintiséis de febrero de mil novecientos treinta, en el juicio seguido por Pedro Pablo Cardoso y María Etelvina Cardoso contra el doctor Santos Palma. Allí dijo la Corte:

«La acción resolutoria es por regla general, divisible, cuando, como en el caso de la presente litis, se refiere a un objeto susceptible de división material, intelectual o de cuota. Así se desprende de los principios que gobiernan la indivisibilidad de las obligaciones, de conformidad con los artículos 1581 y siguientes del Código Civil, y lo profesa la jurisprudencia más aceptable. La francesa tiene admitido (con algunas excepciones que ahora no vienen a propósito), que la "acción de resolución es divisible, tanto del lado del vendedor como del lado del comprador, cuando el objeto de la venta es divisible en sí mismo. Así, cuando el vendedor deja varios herederos, cada uno de ellos tiene la acción resolutoria por su parte y porción." (*Jurisprudencia General.* Dalloz. Tomo IV, 1ª parte. Edición de 1905 a 1907). Para fundar la sentencia de instancia, que reemplazó la del Tribunal, agregó la Corte: «Es un hecho plenamente acreditado en este juicio que Matías Plaza no pagó a Carlota Escobar, viuda de Monedero, las fincas que ésta le vendió por medio de la escritura número 289, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Buga el catorce de noviembre de mil ochocientos noventa. Muerta la vendedora, señora Escobar de Monedero, le sobrevivieron sus cuatro hijos legítimos, Gabriela, Miguel, Elisa y María de Jesús Monedero, sus nietos Elena y Tránsito Monedero, según consta en la cuenta de partición de que arriba se ha hecho mérito. Consta allí mismo que en la sucesión de la expresada señora Escobar de Monedero se inventarió el crédito contra Matías Plaza, por veinticuatro mil doscientos sesenta y nueve pesos, precio de la venta cuya resolución se pide, y que de ese crédito se adjudicó a la demandante Gabriela Monedero, la suma de cuatro mil novecientos sesenta y tres pesos, seiscientos veinticinco milésimos de peso. Por consiguiente, la resolución demandada por Gabriela Monedero sólo puede prosperar en lo referente a la expresada parte alicuanta que se le adjudicó en el crédito, y así ha de ser decretada, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 273 del Código Judicial, viniendo a quedar, en consecuencia, la precitada demandante Gabriela Monedero, en comunidad con los herederos de Matías Plaza, en una cuota de dominio de valor de cuatro mil novecientos sesenta y tres pesos y ciento veinticinco milésimos de peso ($ 4.963·125), en todos los bienes vendidos por medio de la escritura número 287 ...proporcionalmente y relativamente al precio por el cual fueron vendidos dichos bienes, que es de veinticuatro mil doscientos sesenta y nueve pesos. (Casación, diciembre 19 de 1930), XXXVIII..... 389 1.ª y 2.ª

ACLARACIÓN E INTERPRETACIÓN DE UN VEREDICTO. 8—Habiéndosele preguntado a un Jurado si un individuo era responsable de haber matado a otro voluntariamente y con

Págs.

intención homicida, contestó: «Sí, pero sin intención homicida.» Como hallase el Juez Superior, que era el de San Gil, ambigüedad en la respuesta a esa cuestión, dispuso convocar de nuevo el Jurado para que aclarase el veredicto en el sentido de determinar «cuál fue la intención que movió al agente, o cuál el daño que se propuso causar.» Entonces el Jurado se expresó así: «Aclaramos el cuestionario que se nos propuso el 5 del presente, contestando éste así: «Sí, con la intención de castigar una ofensa leve.» El Juez y el Tribunal estimaron los hechos como homicidio voluntario. Interpuesto recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, se invocó la tercera causal conforme al artículo 3.° de la Ley 78 de 1923, en relación con la primera.

La Corte dijo:

«Ya queda visto cómo la primera y principal respuesta del Jurado está concebida así: «Sí, pero sin intención homicida,» y que el Juez, con el fin de que el Jurado aclarara el veredicto en el sentido de fijar la intención que movió al agente, o cuál fue el daño que se propuso causar, lo interrogó de nuevo y obtuvo la contestación varias veces copiada: «Sí. con la intención de castigar una ofensa leve.» Si se tiene en cuenta que esta segunda respuesta no es, ni puede considerarse desligada de la primera, sino que en conjunto forman un solo y único veredicto emanado de una misma entidad moral, y que no son contradictorias las respuestas, el criterio que debe guiar al intérprete se halla en buscar la armonía de tales contestaciones, para encontrar así el verdadero alcance de un veredicto formulado en términos que no son lo suficientemente claros y explícitos. Y así, puesto que el Jurado excluyó la intención homicida al contestar por primera vez la cuestión principal, es inadmisible que la hubiera incluído después, cuando sólo se trataba de aclarar su pensamiento y en ningún caso de modificar o contrariar lo dicho en la primera oportunidad. Lo que quiere decir el veredicto es, pues, que no hubo intención homicida en el agente responsable sino sólo la de castigar una ofensa leve; quiso esto el acusado, pero no causar la muerte del agredido, de donde resulta que el homicidio es involuntario en el caso de autos, y que por este aspecto la sentencia del Tribunal violó las disposiciones de los artículos 587, 600 y sus concordantes del Código Penal, y el 611 ibídem, por haberlo dejado de aplicar, como pasa a verse. El segundo veredicto se dirigió al móvil del delito, aunque se abstuvo de precisar la calidad o gravedad del daño, que era lo que el Juez quería aclarar; por consiguiente, por lo que respecta a las disposiciones que señalan la pena de tal delito, no puede determinarse si el propósito del agente fuera el de causar un mal grave, mediano o leve; de suerte que no pudiéndose fijar esa intención, no sólo por la deficiencia del veredicto sino también porque excluída la de causar la muerte, no hay asidero en las pruebas del proceso para precisar la calidad del daño que se propusiera causar el agente. Por tanto, la disposición aplicable al caso resulta ser la del artículo 611 del Código Penal, donde está prevista la hipótesis de que no pueda conocerse aquella intención del ofensor. Esto justifica y demuestra a la vez la causal primera de casación.» (Casación, XXXVIII, abril 30 de 1931)..... ..... 530, 2ª

Págs.

ACREEDORES ASOCIADOS EN UN REMATE. 9—A. debía a varias personas unas sumas de dinero; una vez fallecido se siguió su juicio de sucesión, en el cual, como las deudas o el pasivo fuese superior al activo, el partidor formó la hijuela de deudas; los bienes destinados en ella al pago de éstas fueron sacados a remate por haber menores, y los acreedores formaron para el remate una asociación. Se alegó en el recurso de casación que se intentó contra la sentencia del Tribunal que falló el juicio ordinario sobre nulidad del remate, que había existido error de hecho y de derecho al no considerar el Tribunal que la escritura de asociación entre los acreedores constituía la prueba de la colusión o confabulación encaminada a obtener el retiro de licitadores extraños.

«No está prohibida la asociación de personas que tienen intereses comunes para hacer postura en un remate; lo que es ilícito es el convenio con posibles licitadores para obtener el retiro de ellos mediante concesiones de dinero u otra especie, pues de esa manera se hace nugatoria la subasta. Los acreedores, ligados por un interés común, que era obtener la solución de una parte de sus créditos, a nadie alejaron de la subasta por obtener ventajas en el valor del remate, y sus propuestas no podían impedir que se presentara cualquier licitador extraño a hacer otra postura en mejores condiciones.» (Casación, marzo 2 de 1931), XXXVIII 511, 1ª

ACUERDOS DE LOS TRIBUNALES. 10—(No son apelables). «Estos asuntos (1), cuyo conocimiento está atribuído a los Tribunales, no constituyen instancia desde luégo que se deciden mediante acuerdo, y esto aparece de manifiesto en la disposición del artículo 333 de la Ley 105 de 1890, que al definir lo que es instancia, declara que ésta termina por una sentencia; y entre acuerdo y sentencia existe la diferencia de que el primero se refiere a la deliberación y resolución de los Magistrados sobre asuntos de aplicación general u otros distintos de la sustanciación, vista y fallo de los pleitos

(1) Se trataba de la apelación que interpuso un individuo contra el acuerdo del Tribunal que rechazó su admisión como abogado consagrado (Ley 62 de 1928).

Págs.

y causas, y la segunda hace referencia a esta última clase de negocios.» (Auto, julio 11 de 1930), XXXVIII..... 80, 2ª

ACUERDOS DE LOS TRIBUNALES. 11—(No son apelables las decisiones proferidas en ellos). Negada la inscripción de un abogado en un Tribunal, fue apelado el fallo ante la Sala de Negocios Generales de la Corte.

«Ya esta Sala, en asunto igual al que se estudia, resolvió que tratándose de una cuestión que no tiene carácter de juicio o controversia, no puede tener dos instancias, para que se surta la primera ante el Tribunal y la segunda ante esta Sala. Y terminó sentando que las providencias que en virtud de la Ley 62 de 1928 dictan los Tribunales Superiores, no tienen carácter de autos o fallos, sino que son simples acuerdos, por lo mismo no apelables. (Auto de 25 de septiembre de 1929). A esto se agrega que el Tribunal, en caso como el que se estudia, no obra como entidad de índole judicial propiamente dicha, sino con cierto carácter técnico, que verdad sabida y buena fe guardada, decide sobre si el peticionario ha sido o nó consagrado como abogado, por haber ejercido cierto cargo durante cierto tiempo. Obra el Tribunal en estos casos en ejercicio más bien de autoridad científica en la misma forma que una Facultad profesional o un instituto docente; y así como a nadie se ocurriría apelar de la resolución de éste o de aquélla en que se negara el título de idoneidad a uno de sus discípulos, contra las resoluciones de los Tribunales Superiores en función de la Ley 62, no se puede interponer apelación alguna. (Auto, Sala de Negocios Generales, octubre 23 de 1930), XXXVIII 427, 2ª

ACUMULACIÓN DE AUTOS. 12—La acumulación de autos tiene por principal objeto evitar trabajo inútil a los juzgadores y perjuicios a los interesados litigantes, provenientes del adelantamiento de juicios diferentes que tiendan a un mismo fin, y que, por lo tanto, dan lugar a sentencias incompatibles y a que se divida la continencia de la causa, según los casos del artículo 787 del Código Judicial (1). (Sentencia, septiembre 6 de 1930), XXXVIII..... 231, 1ª

ACUSADOR PARTICULAR. 13—No es parte en los juicios que se adelantan de oficio y, por tanto, no puede intervenir en el sorteo de jurados ni recusarlos.

En un juicio criminal se facultó al acusador particular para intervenir en la diligencia de sorteo de jurados y para recusar a uno de éstos, por lo cual se alegó ante la Corte por el defensor del reo el motivo de nulidad que define el numeral 4.º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, por cuanto no se sabía «por un error en la diligencia del sorteo, cuáles eran los designados que en realidad hubieran debido actuar, y bien pudo que hubiera sido uno distinto de los que ejercieron el cargo.»

Dijo la Corte:

«La Corte estima que el apoderado tiene razón. Olvidó el Juez de primera instancia que el acusador particular, aun debidamente constituído, no es parte en esta clase de juicios que se adelantan de oficio, como claramente lo enseña el artículo 21 de la Ley 104 de 1922, cuando dice: "El acusador particular no reviste el carácter de parte en la acción pública" y su intervención queda limitada, según el artículo 20 de la misma ley, a solicitar las diligencias útiles o procedentes para comprobar el delito y descubrir los delincuentes y a pedir el embargo de bienes suficientes para asegurar el pago de la indemnización civil a que diere lugar el delito, teniendo en cuenta el avalúo que sobre este punto se haya practicado. Con posterioridad a las disposiciones mencionadas, la Ley 68 de 1928 únicamente permite al acusador alegar oralmente ante el Jurado. De suerte que si en este juicio no existen como parte sino el Ministerio Público y el procesado, sólo ellos tienen derecho y facultad para intervenir en el sorteo de Jurados y para llevar a cabo las recusaciones que permite la ley; mas no sucedió así: el Juez dio intervención en esa diligencia al acusador particular, insaculando mayor número de balotas de las indicadas por la ley, y concediendo al acusador el derecho de recusar, que no tiene. Es causal de nulidad, dice el numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887 "haberse incurrido en la diligencia de sorteo en alguna equivocación tal, que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el Jurado." Es probable que la persona recusada por el acusador, como lo anota el apoderado, hubiera, sin esa circunstancia, integrado el Jurado; es posible también que en vez de insacular ocho balotas, como se hizo, si se hubiera el Juez limitado a siete, que era el número indicado, alguno o algunos de los sorteados hubieran podido ser distintos. En todo caso, la intervención del acusador en esa diligencia produjo tal equivocación e irregularidad en ella, que trajo y ha traído por consecuencia que no pueda saberse cuál o cuáles debían en realidad integrar el Jurado de calificación. Lo relativo al sorteo de los Jueces de hecho es de la mayor importancia, porque son ellos los que vienen a decidir de lo principal o sea acerca de la responsabilidad, y por lo mismo, la diligencia en que tal cosa se haga, tiene que llevarse a cabo con el mayor cuidado y corrección.

(1) Hoy el artículo 398 de la Ley 105 de 1931.

Págs.

La nulidad alegada aparece, por tanto, justificada, y debe prosperar.» (Casación, XXXVIII, abril 15 de 1931). 527, 2ª y 528, 1ª

ADUANAS. 14—(Su responsabilidad). Una sociedad mercantil importó mercancías que fueron consignadas a su favor en la aduana de Barranquilla, de donde fueron sustraídas después de haber otorgado el importador la fianza de que trata el numeral 2.° de la Ley 64 de 1918. El importador reclamó a la Nación el pago de las mercancías depositadas en la aduana y luégo sustraídas. El Tribunal falló condenando a la Nación, y la Corte (Sala de Negocios Generales) confirmó la sentencia, sentando esta doctrina que contienen los pasos siguientes de la sentencia del Tribunal:

«El legislador y el Poder Ejecutivo, con el fin de garantizar no sólo los derechos del Fisco sino también los de los importadores, ha dictado normas legales que reglamentan la importación de mercancías, y que definen las relaciones jurídicas entre la Nación y los importadores; de otro modo, tanto los derechos del Fisco como los de los importadores serían de imposible o por lo menos de difícil efectividad. Una de esas normas, y de las más importantes, es la contenida en el artículo 10 del Decreto número 533 de 1882, que aún rige, y cuyo tenor literal es el siguiente: "Las aduanas son responsables en los términos en que la ley obliga a los depositarios: 1.° Por el valor de factura de los bultos de importación que haya recibido el Guardalmacén, más el flete, el seguro y el cambio de moneda, cuando deja de entregarlos a su tiempo al interesado." (*Diario Oficial* número 5490). Este artículo está en perfecta armonía con las disposiciones que reglan el depósito necesario, porque si por el establecimiento y la reglamentación de las aduanas de la República, los comerciantes importadores no son libres de depositar sus mercancías cuando llegan a puertos colombianos en cualquier punto, sino en las aduanas respectivas, y ese depósito se recibe bajo la fe y responsabilidad de la Nación, síguese que es de forzosa aplicación el artículo 2260 del Código Civil, cuyo texto es el que sigue: "El depósito propiamente dicho se llama necesario cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina u otra calamidad semejante."» (Sentencia, julio 9 de 1930), XXXVIII. 111, 2ª

ALEVOSÍA, TRAICIÓN, SOBRESEGURO. 15—Después de haber contestado afirmativamente un Jurado la primera de las cuestiones sobre si un individuo era responsable de haberle dado muerte voluntariamente y con premeditación a otro, contestó a la segunda que envolvía las circunstancias de asesinato, o sea, con alevosía o a traición, sobreseguro, sorprendiendo descuidada o desapercibida a la víctima y hallándola indefensa, así: *Sí, sin alevosía, ni traición.* Condenó el Juez al acusado a la pena de doce años de presidio de acuerdo con el artículo 595 del Código Penal, y el Tribunal a veinte años, como si se tratase de un caso de asesinato. En casación alegó el recurrente la primera causal del artículo 3.° de la Ley 78 de 1923, fundándola en que el Tribunal interpretó mal el numeral 3.° del artículo 586 del Código Penal y en que aplicó el artículo 598 en vez del 595, como lo hizo el Juez Superior.

La Corte casó parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de condenar al encausado a la pena de doce años de presidio. Como fundamentos de su fallo transcribe los siguientes pasajes del concepto del señor Procurador General de la Nación:

«El numeral 3º del artículo 586 comprende una sola circunstancia, expresada con varias palabras, que se complementan para dar la idea de ella, así como cada uno de los otros numerales de ese artículo comprende también una sola circunstancia, aunque vayan otros complementos que la expliquen. Es que la disposición citada dice que "el homicidio premeditado toma la denominación de asesinato cuando los agresores lo cometen mediando en él una o más de las circunstancias siguientes." Y al decir así, y enumerarlas, toma cada numeral como comprensivo de una sola circunstancia y no de un grupo de circunstancias. Por consiguiente, la cláusula que en los siguientes términos trae el numeral 3.°: 'con alevosía, o a traición y sobreseguro,' da la idea de una sola circunstancia. Las palabras *alevosía*, *traición*, *sobreseguro*, son complementarias entre sí, y por lo mismo, no expresan cada una circunstancia distinta.... No hay duda de que las palabras alevosía, traición y sobreseguro, empleadas en el numeral 3º que se viene comentando, son perfectamente expresivas de una sola circunstancia, siendo la última más explicativa que esencial; pues en la traición y la alevosía se comprende la seguridad que el agente toma para ejecutar el hecho, seguridad que previene tanto el resultado de éste como el peligro del agente. Por tanto, habiéndole quitado el Jurado a la cuestión propuesta lo relativo a la alevosía y la traición, el sobreseguro quedó virtualmente quitado también en aquéllo, lo que vale decir que fue dejado sin capacidad de indicar la existencia de circunstancia ninguna de asesinato.» Y agrega la Corte: «Como se ve, los conceptos que preceden tratan con toda amplitud la cuestión debatida en esta casación, y bastan para resolver de conformidad; pero aun cuando ellos no se aceptaren por la Sala en la forma abstracta y absolutamente generalizada que allí se emplea para llegar a la conclusión a que se llega, es lo cierto que ésta encuentra apoyo no sólo desde el punto de vista de justi-

Págs.

cia estricta, conforme a las constancias de autos, sino porque en todo caso es notorio y evidente que la respuesta del Jurado a la segunda pregunta que se le formuló, entraña como una contradicción, incompatibilidad o anomalía que, en último término, se inclina a la tesis del recurrente, por cuanto que, afirmar existencia de circunstancias de acuerdo con el segundo interrogatorio presentado, para negar seguidamente las más fundamentales y que le dan cierta fisonomía especial al delito, es cosa que no se compadece en cierta manera con la claridad y nitidez que debe haber en esta materia, sobre todo tratándose de un cargo tan grave como el de asesinato. Siendo esto así, como lo es, aun por este aspecto, ante la confusión y oscuridad de esa parte del veredicto, surge una duda que, en armonía con principios generales de derecho, ciertamente ineludibles, debe resolverse en favor del sentenciado.» (Casación, noviembre 28 de 1930), XXXVIII..... 260, 2ª y 261, 1ª y 2ª

APARCERÍA. 16—(El contrato de aparcería es de arrendamiento)—«Cierto que Mendoza ha de tenerse, con respecto a Villegas, como un colono aparcero, pues debía pagar por el arrendamiento, no una cantidad de dinero, ni una parte alicuanta, sino en partes alícuotas, la mitad de la panela que resultara del beneficio de las cañas cultivadas por Mendoza, y si bien es cierto que la ley considera al colono aparcero como socio del arrendador en esa sociedad especial, esa asimilación de la ley es para ciertos efectos, como el señalado en el artículo 2041, por ejemplo, pero en lo demás está sometido a las reglas del contrato de arrendamiento, ya que las disposiciones sobre el colono aparcero están en el Capítulo 6.°, del Título 26 del Libro 4º del Código Civil, que regula los arrendamientos de predios rústicos. La Corte tiene ya resuelto que el contrato de aparcería es un contrato de arrendamiento, como puede verse en la sentencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos catorce.» Tomo XIV, 218, 1ª (1). (Casación, XXXVIII, número 1877, marzo 26 de 1931)..... 566, 1ª

APELACIÓN. 17—Un Gobernador condenado a perder su empleo por abuso de autoridad, en virtud de una sentencia de la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema, apeló de la sentencia ante la Sala de Negocios Generales de la misma.

«Es cierto que el artículo 1721 del Código Judicial dispone que toda sentencia definitiva, dictada en causa criminal, es apelable, en el efecto suspensivo, y una disposición semejante existe en materia civil; pero en ambos casos es necesario que exista una entidad ante la cual pueda surtirse tal recurso, establecida y reconocida por la ley, verbigracia, cuando es un Juez Municipal el que falla, pues entonces la apelación se surte ante el Juez del Circuito, ante el Tribunal si este último Juzgado es el que decide en primera instancia, o ante la Corte, en sus respectivos casos, si el Tribunal es el fallador en primera instancia. Mas la situación es distinta cuando se trata de asuntos adscritos exclusivamente a la Corte, llámese en Pleno, llámese Sala Civil de Unica Instancia, llámese de Negocios Generales, de Casación Civil o de Casación Penal, porque entonces no hay una entidad superior y más alta ante la cual pueda surtirse recurso alguno; por algo se llamará *Corte Suprema de Justicia*.... De modo que cuando disposiciones, como el artículo 9º de la Ley 118 de 1931, prescriben que el auto de sobreseimiento y la sentencia definitiva en los juicios de responsabilidad que hayan de seguirse por los trámites ordinarios y extraordinarios, se consultarán con el superior respectivo, tal cosa se cumple cuando existe y funciona ese superior respectivo, y la Corte Suprema, representada por la Sala de Casación en lo Criminal, no tiene superior ante la justicia humana.» (Sentencia, octubre 27 de 1930), XXXVIII..... 228, 1ª, 229, 2ª

APRECIACIÓN DE PRUEBAS. 18—Se alegó que el Tribunal había pasado por encima de los indicios que demostraban que determinado contrato había sido simulado.

«Como observación general y sin entrar en el análisis de cada una de las pruebas que enuncia el recurrente, basta anotar que ellas fueron aducidas para probar ciertos hechos constitutivos de indicios, y que en concepto del recurrente servían para demostrar la simulación del contrato. Ahora, dado que tales hechos estuvieran comprobados, la apreciación del Tribunal en cuanto a su fuerza probatoria, es soberana. Y no basta para atacarla alegar que las pruebas en que se apoyan los hechos inductivos son fehacientes, sino que es preciso, además, demostrar, según doctrina constante de la Corte, que la estimación de los hechos constitutivos de los indicios padece de error evidente de hecho o de derecho» (1). (Casación, XXXVIII, febrero 28 de 1931)..... 547, 1ª

(1) Concordancia en cuanto al hecho de considerar la ley al colono aparcero como socio del arrendador. Número 118, Tomo 2.° de la *Jurisprudencia de la Corte*.

(1) Concordancias. Véase el número 50 del tomo XXXVI, número 1847, de la *Gaceta Judicial*, entre otras muchas doctrinas; número 1929, tomo 1.°, de la *Jurisprudencia de la Corte*, 1226 y 1227, tomo 2.°, 2001, 2002, 2007, 2010, 2011 del tomo 3.°, etc.

Págs.

ARRENDAMIENTO. 19—(Su extinción). Luis Ernesto Mendoza demandó a José Jesús Villegas para que se declarase terminado el contrato de arrendamiento entre éste y aquél sobre un establecimiento y empresa de caña dulce y azúcar en la finca denominada *Irlanda* y para que le pagase los perjuicios provenientes de haber vendido el demandado la finca a otras personas por escritura pública, sin tener en cuenta el contrato de arrendamiento que constaba en documento privado. Falló el Juez de acuerdo con la demanda y el Tribunal de Pereira revocó el fallo. Recurrido en casación por el actor, la Corte sienta la siguiente doctrina sobre la terminación del arrendamiento:

«Ahora, calificado el contrato por el Tribunal, de arrendamiento, es incuestionable que éste violó las disposiciones de los artículos 2008, 2019 y 2020 (1) porque habiendo vendido Villegas la finca materia en parte del arriendo, se ha extinguido el arrendamiento, puesto que los compradores de Villegas no están en ninguno de los casos señalados por el artículo 2020, para que tuvieran la obligación de respetar el arriendo y como consecuencia de esa venta, el vendedor Villegas debe indemnizar al arrendatario Mendoza los perjuicios que le haya causado por haber extinguido el arrendamiento.» (Casación, XXXVIII, número 1877, marzo 26 de 1931).... . 566, 1ª

ARTÍCULO 32 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. 20—La disposición del artículo 32 de la Constitución fue reemplazada por la del artículo único del Acto legislativo número 6º de 1905 y restablecida posteriormente con algunas modificaciones de redacción por medio del artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910. De manera que el artículo 32 de la Constitución no está vigente. (Sentencia, Sala de Negocios Generales)..... 195, 2ª

ATENUACIÓN DISCRECIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. 21—En el alegato de casación contra una sentencia de un Tribunal en que se condenó a cierto individuo como responsable de un homicidio voluntario, manifestó el recurrente que debió aplicar la sentencia la penalidad atenuada que establece el inciso 1.º del artículo 602 del Código Penal y no el artículo 600 del mismo.

La Corte estableció lo siguiente:

«Es cierto que a pesar de la respuesta pura y simplemente afirmativa recaída al cuestionario propuesto a los Jueces de hecho, cabe el uso del poder discrecional de que se viene hablando, esto es, del consagrado por el inciso 2º del artículo 602; pero comoquiera que se trata de un prudente arbitrio, su ejercicio no es irrestricto, sino que depende y ha de depender en cada caso de circunstancias acreditadas en el proceso, que sirvan de base para hacer uso razonable de aquel arbitrio judicial. Y tales circunstancias no existen en el presente asunto, pues como lo anota el señor Procurador, si se admitiera que hubo riña habría que considerarla como provocada por el matador..... Siendo, pues, el veredicto, pura y simplemente afirmativo de la responsabilidad del acusado, no hay lugar a atenuar especialmente el homicidio voluntario según el inciso 1º artículo 602 del Código Penal y no se justifica hacer uso del poder discrecional que se alega por no existir en el presente caso circunstancias para sustentar el ejercicio de ese arbitrio. Por consiguiente, debe permanecer en firme la sentencia recurrida.» (Casación, agosto 13 de 1931)..... 536, 1ª y 2ª

AUTO DE ENJUICIAMIENTO. 22—El auto de enjuiciamiento «constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda (1).» (Casación, XXXVIII, abril 15 de 1931)..... 527, 1ª

AUTO DE PROCEDER 23.—Los cargos hechos al encausado en el auto de proceder no pueden variarse en el cuestionario propuesto al Jurado, so pretexto de que en aquél se incidió en error.

Miguel Ignacio Salazar y Aníbal Peláez fueron considerados en el auto de proceder de la causa que se les siguió conjuntamente con Marco A. Sierra por homicidio y estafa, como cómplices de Sierra en el delito de falsedad. No obstante esa situación, los cuestionarios que se presentaron al Jurado por tal delito se redactaron como si esos procesados hubiesen sido llamados a juicio como autores. De acuerdo con los veredictos que fueron contestados afirmativamente, tanto el Juez como el Tribunal les impusieron la pena como autores de falsedad en documento privado. Invocaron los recurrentes en casación contra el fallo del Tribunal la causal tercera de casación que reconoce el artículo 3.º de la Ley 78 de 1923, por «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.»

Dijo la Corte:

«En repetidos fallos, primero por mayoría de los miembros de la Sala y hoy con los votos de todos los tres Magistrados que la integran, se ha sostenido que "el auto de proceder debe contener el pliego de cargos que se presenta al sindicado para que se defienda de ellos; y es bien sabido que la defensa se ejercita no solamente en los momentos de la audiencia, sino que ella principia concretamente desde la notificación de ese

(1) Concordancias número 310, Tomo 1.º *Jurisprudencia de la Corte;* número 508, Tomo 1.º de la *Jurisprudencia de los Tribunales.*

(1) Concordancias: número 304, Tomo 3.º de la *Jurisprudencia de la Corte* y 622 Tomo 1.º de la *Jurisprudencia los Tribunales.*

Págs.

auto (1). De manera que desde entonces debe conocer el procesado cuáles son los cargos que se le hacen, para que ampliamente pueda defenderse. Lo expuesto no quiere decir que es en la parte resolutiva de ese auto donde haya de especificarse si se trata de homicidio premeditado o de asesinato, cuando de ello se trate, porque tal exigencia iría contra lo dispuesto en el artículo 343 de la Ley 105 de 1890. La Corte se refiere a lo que debe ser materia de la parte motiva de ese auto, porque es precisamente de acuerdo con ella como se formula el respectivo cuestionario que se presenta al Jurado, es decir, que éste va a decidir sobre los hechos expuestos en esta parte motiva y no sobre una cuestión de derecho, que es la planteada en la parte resolutiva. En el cuestionario no se va a decir si determinada persona es responsable del delito de homicidio... , sino de haber dado muerte en determinadas circunstancias, es decir, acerca del hecho o hechos materia de la causa de acuerdo con el auto de proceder, dice el inciso 2.° del artículo 47 de la Ley 169 de 1896." Lo anteriormente expuesto sirve de base y antecedente para justificar la tacha que presentan los recurrentes contra la sentencia del Tribunal. En efecto: puesto que son varios los sindicados y varios también los delitos, el Juez creyó necesario discriminar la distinta participación que cada uno de ellos había tenido y al referirse a la falsedad, estimó que la participación de Salazar y Peláez en ese delito había sido la de cómplices; el auto de proceder en que tal apreciación se hizo quedó ejecutoriado con el asentimiento del representante de la sociedad. Si la defensa, como se ha visto, se inicia en concreto desde la notificación de ese auto, los procesados Salazar y Peláez empezaron la que les correspondía defendiéndose del cargo que la autoridad les había formulado y no de uno distinto, ni mucho menos de mayor gravedad. Si el Juez pudo errar al calificar como simples cómplices a Salazar y Peláez, ese error había podido subsanarse por los medios que indica la ley: como la apelación interpuesta por el Fiscal, con el fin de que el Tribunal le hiciera al enjuiciamiento las variaciones necesarias; pero ya que así no se hizo, ese error, suponiendo que se hubiera cometido, no puede traducirse en perjuicio para los intereses de los procesados, ni menos puede sostenerse, como lo hace el señor Procurador, que bien pudo condenárseles como autores 'por más que el Juez haya calificado este hecho en la parte motiva del auto de proceder, como simple complicidad en el delito,' o, como afirma el Tribunal, 'que son los hechos acreditados en el proceso los que determinan la situación jurídica en cada caso particular, fijando la mayor o menor responsabilidad en el delito, resulta que el error estuvo en la apreciación hecha en el auto de proceder y no en el cuestionario propuesto al Jurado, conforme a la verdad procesal.' Si lo anterior fuera cierto, entonces sobraría por inútil e innecesario el auto de proceder; bastaría que una vez perfeccionado el sumario se convocara el jurado y se redactaran los cuestionarios, no de acuerdo con el auto, como hoy sucede, sino en armonía con las constancias del proceso; el sindicado no vendría a conocer el cargo sino hasta ese momento, la defensa anterior quedaría suprimida, y con ella el término probatorio, porque nadie puede defenderse de cargos que no conoce. (Casación, XXXVIII, número 1877, agosto 31 de 1931)..... 583, 2ª y 584, 1.ª

Continúa la Corte: «Por este aspecto no hay duda que los recurrentes tienen razón, y la casación debe prosperar.»

AVALÚO. 24—Se acusó una sentencia de haber violado el artículo 653 del Código Judicial (1) por haberse separado el sentenciador del dictamen pericial en cuanto al avalúo de unos perjuicios no adoptando el medio aritmético y por haber fijado por sí mismo el monto de la indemnización.

Dice la Corte:

«No se ha violado el artículo 653 del Código Judicial, aunque se hubiera prescindido del medio aritmético, porque el Juez puede fijar por sí mismo el precio de las cosas, con arreglo al artículo 79 de la Ley 105 de 1890, de aplicación preferente sobre el particular, como lo ha declarado repetidas veces esta corporación» (2). (Casación, agosto 27 de 1930), XXXVIII,.. 126, 2ª

AVISO DE MINAS ABANDONADAS. 25—Se avisaron unas minas como abandonadas ante un Alcalde; poco después se denunciaron las mismas y hubo oposición de un tercero a favor del cual se declaró que tenía derecho a la oposición. El Tribunal confirmó el fallo que fue recurrido en casación por el actor denunciante atacándolo de violación de ley sustantiva, pues afirmó que no eran aplicables al caso ni el artículo 94 del Código de Minas, ni el numeral 6.° de ese artículo, sino lo que disponen los artículos 341 y 346 de ese Código, en armonía con lo dispuesto en el artículo 8.° del mismo.

«El sentenciador afirmó que los avisos estuvieron mal dados, aplicando

(1) Concordancias: números 303, 304, tomo 3.°, *Jurisprudencia de la Corte;* 622, tomo 1.°, *Jurisprudencia de los Tribunales.*

(1) Artículo 721 del actual *Código Judicial.*

(2) Concordancias; número 334, tomo 3.° de la *Jurisprudencia de la Corte.*

Págs.

a ellos la disposición del numeral 6º del artículo 94 del Código de Minas. Semejante aplicación es evidentemente errónea e implica el quebrantamiento de la disposición. El numeral 6º se refiere, en su tenor literal, al denuncio de las minas abandonadas y no a su aviso y ello para el sólo efecto de declarar nulo el título. El artículo 346 del propio Código establece que el restaurador de una mina ha de comenzar por avisarla, y que al aviso le es aplicable todo lo dispuesto en los artículos 8.° a 14 (reemplazado éste por el 6º de la Ley 38 de 1877). Ahora bien: leyendo atentamente tales artículos, se comprende que en ellos no se prescribe que en el aviso de una mina abandonada se indique el nombre del último poseedor. El artículo 353 manda que en el escrito de denuncio de minas abandonadas se expresen el nombre y la residencia del último poseedor, si se saben, y de nó, que así se diga claramente en el escrito; y si no existe en el Código, como es lo cierto, una disposición análoga para el aviso de las mismas, es porque tal requisito no es necesario en dicha pieza. Por lo demás, la jurisprudencia tiene resuelto que la ley no reconoce nulidad de avisos ni de denuncios de minas. En casación de diez y seis (1) de septiembre de mil novecientos doce, declaró la Corte que cuando se trata de la simple denuncia de una mina abandonada, el haberse omitido a sabiendas la designación del último poseedor no es, según la ley, causal de nulidad de tal denuncia, aunque sí lo es del título. Y con mayor razón ha de sostenerse que no hay nulidad en el aviso de una mina abandonada por no haberse expresado el último poseedor, cuando esto no es obligatorio, como acaba de decirse, Síguese de aquí que la sentencia, además de violar por indebida aplicación el susodicho numeral 6º del artículo 94 del Código de Minas, quebrantó por omisión o por mala interpretación los artículos 8º y 346, lo cual significa que es casable aquella sentencia.» (Casación, febrero 20 de 1931). XXXVIII.... 457, 1ª

B

BALDÍOS. 26—Afirmó un recurrente contra una sentencia de Tribunal, que si es un verdadero derecho de propiedad el que adquiere un individuo por el hecho de cultivar o colonizar un terreno baldío, puede enajenar ese derecho, que versa entonces sobre un objeto lícito y la enajenación es válida siempre que se haga con las prescripciones legales.

(1) Casación, 16 de septiembre de 1912, XXI, 374, 2.ª, tomo 2.° de la *Jurisprudencia de la Corte.*

Págs.

«Es indiscutible que el particular que vende un terreno baldío que no le ha sido adjudicado por la Nación, vende cosa que no le pertenece, vende cosa ajena; pero asímismo es incuestionable que tal venta no vale contra la Nación, cuyos derechos no se extinguen por lapso alguno de tiempo, según lo establecido en el artículo 61 del Código Fiscal. Del hecho de que 'los baldíos pueden ser donados y permutados por el Estado,' no se sigue que también pueden ser vendidos, donados y permutados por los particulares, sin que la Nación se haya desprendido de su dominio; pues resulta inaceptable la tesis del recurrente, de que la calidad de inalienables a título de venta que tienen los terrenos baldíos por disposición del artículo 60 del Código citado, se refiere únicamente a la Nación y no a los particulares, que válidamente pueden disponer de ellos, enajenándolos a título de venta. Los terrenos baldíos, por la especial destinación que como tales tienen, detallada en el artículo 46 del Código Fiscal, son bienes que están fuera del comercio, como bien lo dice el Tribunal sentenciador y es nula, por consiguiente, toda enajenación que de ellos se haga a título de venta.» (Casación, diciembre 1º de 1930), XXXVIII..... 337, 1ª

BALDÍOS. 27—En un juicio de oposición a la división de unos terrenos situados en baldíos de la Nación y en el cual el Tribunal negó la partición demandada, se alegó por el recurrente en casación que el Tribunal había violado la Ley 56 de 1905, en cuanto reconoce al ocupante de tierras baldías derecho de propiedad sobre el terreno y lo autoriza para enajenar ese derecho. A la luz de esas disposiciones, dice el recurrente, y haciendo caso omiso, como lo hace el Tribunal, de la Ley 36 de 1907 y de la adjudicación hecha a Pascual Aguirre en mil novecientos ocho, es inexacta la tesis de aquél cuando afirma que el terreno a que se refiere la escritura pertenecía a la Nación al tiempo de otorgarse y era, por tanto, inenajenable a título de venta.

«A esto se observa: nunca ha reconocido la ley la ocupación como modo de adquirir el dominio de los baldíos, que son propiedad de la Nación; quien ocupa y cultiva esos terrenos adquiere el derecho a que se le haga la adjudicación respectiva, de acuerdo con las prescripciones legales sobre la materia. Así lo establecía el artículo 2º de la Ley 56, invocada por el recurrente, cuyo artículo 9º era de este tenor: 'El título de propiedad de terrenos baldíos adjudicados lo constituye el certificado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, en que conste la adjudicación definitiva y se halle, además, registrado en la Oficina de Registro a que pertenezca el respectivo Municipio en que están ubicados los terrenos.' Ni siquiera

Págs.

consta en el expediente que Pascual Aguirre hubiera establecido en ese terreno casa de habitación, ni los cultivos que, de acuerdo con lo que establecía el artículo 2.° de la misma Ley 56, le daban derecho a solicitar la demarcación y adjudicación respectivas y bien sabido es que por la simple ocupación sólo se adquiere el dominio de las cosas que carecen de dueño y que los terrenos baldíos no son *res nullius*.» (Casación, diciembre 1.° de 1930). XXXVIII ..... 336, 2ª).

BIENES PROPIOS DEL DIFUNTO Y BIENES SOCIALES. 28—Cuándo procede hacer la separación que debe hacer el partidor.

Contra la sentencia del Tribunal de Bogotá que aprobó en definitiva la partición de bienes hecha en el juicio de sucesión de Rodolfo Baquero, ocurrieron en demanda de casación los interesados alegando, entre otros motivos, la violación del artículo 1398 del Código Civil, por no haber separarado el partidor los bienes que se decían propios del difunto.

«Conforme al artículo 1398 del Código Civil, que se estima violado por no haberlo tenido en cuenta el Tribunal, es obligación del partidor separar, antes de proceder a la liquidación del haber hereditario, los bienes que pertenezcan a otras personas por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores u otro motivo cualquiera. Pero el crédito inventariado a favor de la sucesión de Rodolfo Baquero, proveniente de la Compañía de víveres que tenía al tiempo de su muerte con Pedro Baquero, constituye una especie mueble que, si fue aportada por Rodolfo Baquero a su matrimonio con Mercedes Lozano, entró a formar parte del haber social, conforme al numeral 4º del artículo 1781 del Código Civil, sin que a esto se oponga el hecho de haber sido inventariado dicho crédito a favor de la sucesión del mismo Baquero, con asentimiento tácito del representante del cónyuge sobreviviente; porque es sabido que, de acuerdo con el artículo 1795 de la misma obra, la confesión de los cónyuges no hace prueba para establecer la propiedad de las cosas que existieren en poder de uno de ellos al tiempo de liquidarse una sucesión. Formando, pues, parte, dicho crédito, del haber de la sociedad conyugal Baquero-Lozano y si ésta debía restituír igual valor al cónyuge muerto, al tenor de lo dispuesto en la última parte del artículo 1781 del Código Civil, como bienes propios de dicho cónyuge, para que el partidor hubiera podido dar cumplimiento a esta disposición, habría sido preciso que en el pasivo del inventario se hubiera hecho figurar como tal la partida correspondiente. Y no aparece que así se hubiera hecho, ni tampoco que al tiempo del inventario o cuando se dio traslado de él, se hubiera presentado reclamo alguno sobre el particular. Luego el partidor no estaba obligado a descontar el valor del haber social antes de distribuírlo, sino que tenía que acogerse al inventario y a la ley.» (Casación, XXXVIII. número 1867, agosto 28 de 1930, 86, 2ª y..... 87 1ª)

Págs.

CALIFICACIÓN DE LA DELINCUENCIA. 29—Alegó un recurrente, como motivo de casación de la sentencia, basando la acusación en la tercera causal reconocida por el artículo 3.° de la Ley 78 de 1923, que se le impuso arbitrariamente una agravante que por sí sola no debía elevar a segundo grado la responsabilidad.

«No es materia de la causal 3ª ningún estudio acerca de la calificación de la delincuencia que, conforme a la ley, se funda en circunstancias accesorias que por su naturaleza no es preciso que figuren ni en el enjuiciamiento ni en el veredicto, sino que están destinadas a que el Juez de derecho las aprecie en la sentencia. El estudio corresponde, en consecuencia, a la causal 1ª» (Casación, marzo 25 de 1931), XXXVIII 473, 2ª

— 30—En presencia de varios testigos que declararon en el informativo, Herminio Zapata y Aureliano Ruiz jugaban a las manos enfrente de la casa de Faustino Prado en el paraje de *Dos Caminos*, jurisdicción del Municipio de Maripí, en las horas de la tarde del día 29 de julio de 1928. Lo que en un principio parecía simple entretenimiento de personas del pueblo, fue aumentando en violencia por el cambio de empujones bruscos y palabras desmedidas que iban indicando el acaloramiento de los ánimos; y aunque ninguno de los dos intentara sacar arma, Pedro Zapata, quien se hallaba en esos momentos arreglando unos zurrones en el corredor de la casa, abandonó su ocupación y con peinilla en mano se acercó a Aureliano Ruiz y, por la espalda, de un golpe le abrió la cabeza, causándole la muerte poco tiempo después. Condenado el reo por el Tribunal a la pena de nueve años de presidio porque estimó en segundo grado la delincuencia, recurrió en casación ante la Corte, donde alegó la primera causal que reconoce el artículo 3.° de la Ley 78 de 1923, manifestando que la circunstancia de, a traición y a mansalva que tuvo en cuenta el sentenciador, no puede servir en el presente caso para elevar la responsabilidad, dado el impulso repentino e instantáneo de una pasión, la ira, bajo cuyo influjo procedió el homicida.

Dijo la Corte:

«No es ahora cuando el recurrente dice que él procedió al acto homicida cegado por la cólera, sino que así lo manifiesta desde su indagatoria, cosa que concuerda con las constan-

Págs.

cias del proceso y que armoniza con los términos del veredicto, ya que por una ofuscación repentina puede verse un ultraje donde no lo hay en realidad. Dada esta circunstancia, no resulta agravante el hecho de que la herida mortal se infligiera por la espalda, puesto que el atacante enceguecido no buscó sino el medio de hacer cesar el ultraje presunto sin hacer daño a su hermano, dada la posición en que se hallaban. En todo caso existe la duda sobre el particular y lo aconsejado es resolverla en favor del reo, tanto más si lo favorecen, como en el presente caso, numerosas atenuantes; su corta edad, su buena conducta anterior y ser éste su primer delito, y la exaltación del momento. Así resulta ser el tercer grado la calificación que corresponde a la delincuencia y en tal sentido ha de reformarse el fallo materia del recurso.« Condenó la Corte al reo a seis años de presidio, casando así parcialmente la sentencia. (Casación, XXXVIII, julio 28 de 1931 ..... 573, 2ª, y 574, 1ª

CALIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES. 31—Debe hacerse en la sentencia final y no en el auto de proceder. Alegó en demanda de casación ante la Corte el apoderado de un reo condenado a una pena de presidio, que hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional en el hecho de no haberse especificado o determinado en el auto de proceder las circunstancias agravantes que tuvieron en cuenta los Jueces de instancia para calificar en segundo grado la responsabilidad y que, por tanto, no pudo defenderse oportunamente el reo, de esa apreciación, lo que quiere decir que se le juzgó sin observar la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La Corte, al rechazar el cargo, sentó la siguiente doctrina:

«Como es sabido, el reconocimiento de las circunstancias agravantes o atenuantes es de la exclusiva competencia del Juez de derecho, quien las aprecia con independencia de la intervención del Jurado. Como la ley generalmente fija un máximum y un mínimum de penalidad, era y es necesario que el Juez tuviera algún derrotero para señalar la pena que en cada caso corresponda dentro de ese máximum y ese mínimum. Ese derrotero corresponde a lo que se conoce con el nombre de grados en la responsabilidad, los cuales se señalan en virtud de la existencia de las circunstancias agravantes o atenuantes. No son, pues, éstas, de aquéllas que pertenezcan a la esencia o naturaleza del delito y que por tanto haya necesidad de consignar en el auto de proceder; ellas se sustraen al conocimiento y decisión del Jurado y sólo en virtud del veredicto condenatorio que éste pronuncie, surge la oportunidad y obligación para el Juez de derecho de entrar en su estudio, para fijar el grado de la responsabilidad y por consiguiente la pena. Quizá sería perjudicial para la misma situación del acusado, que desde el auto de proceder se especificaran las agravantes de carácter general que pudieran concurrir, porque desde entonces se partiría de la base de una culpabilidad definitiva, ya que, como se vio, ese reconocimiento sólo se presenta en el caso en que haya de pronunciarse sentencia condenatoria, lo que podría perturbar el amplio criterio de los Jurados.» (1) (Casación, julio 19 de 1930)..... ..... 34, 1ª

CASACIÓN 32—Cuando un fundamento de la sentencia del Tribunal que por sí solo sirve para sostener la parte resolutiva de la sentencia, no ha sido combatido en casación, aunque otro de los motivos pudiera ser erróneo, a la Corte no le sería dado infirmar el fallo acusado.

Dice así la Corte:

«Constante ha sido la Jurisprudencia de la Corte en el sentido indicado. En sentencia de catorce de mayo de mil novecientos diez y ocho, tomo 26, página 306, dijo esta Superioridad:

«Aun cuando sean fundados alguno o algunos de los motivos alegados por el recurrente en casación para infirmar la sentencia del Tribunal, ella no es casable, si se apoya en otra u otras razones no combatidas por el recurrente.» (2) (Casación, 12 deagosto de 1930)..... 58, 2ª

— 33—El demandado en un juicio de reivindicación en que fue condenado a la restitución pedida alegó en casación contra la sentencia del Tribunal que éste «incurrió en error de hecho al tomar como punto de partida para apreciar si estaba o no cumplida la prescripción invocada, la escritura número 209 de treinta y uno de julio de mil novecientos quince, en vez de ser la 367 de mil ochocientos noventa y cuatro, según se ve por lo explicado en el cuarto motivo.»

«No dice el recurrente en qué consiste el error y por ello el cargo es infundado en casación.» (Casación, febrero 20 de 1931, XXXVIII)... ..... 453, 2ª.

— 34—En un juicio ordinario sobre nulidad por causa de simulación de un contrato de compraventa de una finca raíz en que fue absuelta la parte demandada, alegó en casación la recurrente errónea apreciación de varias pruebas que enumeró y la violación consiguiente de los artículos 542 y 543 del Código Judicial (el anterior), y 1740 y 1741 del Código Civil, pero sin que determinase cuál fuese el artículo, especial o ley violada por mala apreciación de esas pruebas.

Dijo la Corte:

«Nótase primeramente que desde el punto de vista que toma el recurrente respecto de la violación de la ley, su demanda está fuera de las

(1) Artículos 117 y siguientes y 120 y siguientes del Código Penal.

(2) Concordancia número 316, tomo 2.° de la *Jurisprudencia de la Corte.*

Pág.

normas de casación. Si una sentencia se acusa por error evidente de hecho en la apreciación de una o más pruebas decisivas, esta acusación ha de conducir a la de error de derecho por violación de disposiciones que guarden correlación y armonía con la primera. Supóngase que fueran ciertas las objeciones que hace el recurrente sobre mala apreciación de las pruebas que se dejan relacionadas, ello no llevaría a la conclusión de que el Tribunal hubiera quebrantado los artículos 542 y 543 del Código Judicial que establecen los principios relativos a la carga de la prueba; ni menos la de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, que definen respectivamente cuáles son los contratos o actos nulos, y cuáles son las nulidades absolutas. Y se dice que el recurso está fuera de las reglas de casación porque teniendo como motivo la mala apreciación de ciertas pruebas, el recurrente ha debido observar el precepto del artículo 9.° de la Ley 90 de 1920, y determinar la disposición legal congruente con el cargo que resulte violada por la mala apreciación de aquellas pruebas. Si una escritura pública, por ejemplo, que reúne todos los requisitos legales y contiene estipulaciones claras de las partes, es desatendida por el juzgador y se acusa el fallo por error evidente en la apreciación de tal instrumento, este cargo ha de tener por consecuente el de la violación de las disposiciones legales que atribuyen valor de plena prueba a la escritura pública, respecto de los contratantes (1). Y esto que se dice de la escritura pública es principio aplicable a las demás pruebas legales. Cuanto al fondo mismo de la acusación, esto es, el error en la apreciación de las supradichas declaraciones, no resulta comprobado de modo evidente.» (Casación, XXXVIII, febrero 28 de 1931)... 546, 2ª,

CASACIÓN. 35—Fue acusada una sentencia de Tribunal por error en la apreciación de unas declaraciones de testigos, pero no se citaron las disposiciones sustantivas violadas.

«Conviene añadir que en el supuesto de estar demostrado el error en la apreciación de los testimonios, el cargo no sería aceptable en casación, por cuanto el recurrente omitió citar las disposiciones sustantivas sobre pruebas que resultaran violadas por consecuencia de dicho error.» (2) (Casación, febrero 4 de 1931)..... .. 434, 1ª.

— 36—La sentencia absolutoria proferida por un Tribunal no puede ser

Pág.

acusada de no estar en consonancia con las pretensiones aducidas en el libelo de demanda. Es improcedente, pues, la acusación por segunda causal en ese caso. (1) (2) (Casación, julio 31 de 1930), XXXVIII..... 51, 2ª

CASACIÓN 37—Se acusó una sentencia por error evidente de hecho consistente en haber dejado de apreciar el Tribunal las pruebas presentadas relativas a la culpa inicial en que se dice que incurrió la Empresa del Tranvía al colocar las líneas de la doble vía a una distancia tal que dadas las dimensiones de los carros que se mueven por ellas, permiten la contingencia de accidentes como el ocurrido al demandante.

«En derecho de casación, cuando se acusa una sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas, ya por haberlas estudiado con evidente error, ya por no haberlas considerado en absoluto, es necesario que el recurrente designe especialmente la prueba o pruebas respecto de las cuales exista el error y el concepto en que fueren mal estimadas. "Se determinarán una a una las pruebas mal estimadas," ordena el inciso 2º del artículo 9.° de la Ley 90 de 1920. El recurrente al formular este motivo, prescinde de aquella designación individual y el cargo, por consiguiente, resulta ineficaz.» (3) (Casación octubre 29 de 1930), XXXVIII.. 210, 2ª

— 38—Se acusó una sentencia por violación directa del artículo 743 del Código de Comercio por haber dicho que la capitalización de intereses no es de la esencia ni de la naturaleza del contrato de cuenta corriente, según se deduce del artículo 743 de ese Código y que, por consiguiente, una obligación semejante no puede nacer a la vida de las relaciones jurídicas, sino en virtud de expreso consentimiento de las partes; y en lo tocante a la elevación de la tasa del interés por voluntad de uno solo de los contratantes advirtió que si la causa formal de las relaciones contractuales es la voluntad de los contratantes, es claro que sin la intervención de esa misma causa ninguna modificación puede efectuarse en tales relaciones.

«El recurrente no ha impugnado la aseveración del Tribunal, relativa a la capitalización en el contrato de cuenta corriente; pues al respecto sólo dice que "la sentencia desconoce y niega el derecho que el Banco tenía para capitalizar los intereses de la cuenta corriente del señor Martínez, con lo cual niega el artículo 743 del Código de Comercio, que autoriza expresamente dicha capitalización." Lo que el sentenciador sostiene es que, como dicha capitalización no es

(1) Concordancias: números 268, tomo 2.° *Jurisprudencia de la Corte*, 458, 495, 499, tomo 3.°

(2) Concordancia. Número 268, tomo 2.° de la *Jurisprudencia de la Corte*.

(1) Artículo 2º, libro 1º de 1896.

(2) Concordancias: números 3709, 3710, 3716, tomo 1.°, «Jurisprudencia de la Corte» 2332, 2335, 2343, 2344, 2345, tomo 2º A esa jurisprudencia constante de la Corte ha de ponerse la limitación o excepción consignada en la doctrina número 3706, tomo 3º de la «Jurispredencia »

(3) Concordancias: 449, 550, 808, 1125, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

de la esencia ni de la naturaleza del contrato, necesitaba de acuerdo especial, que no lo hubo en el caso del pleito; y esto, como se ve, no es negar el mencionado texto legal, sino darle una interpretación, que no está atacada...Como compendio de lo expuesto hasta aquí, puede sentarse esto: si bien es cierto que el Tribunal dijo que el contrato de Martínez y el Banco no era de cuenta corriente, examinó la cuestión sobre el supuesto de que lo fuera, para concluír que éste no pudo capitalizar los intereses ni elevar la tasa por falta de convenio expreso en el contrato; de donde se sigue que el error, si lo hubo, en la apreciación de la índole jurídica de tal contrato, no influyó en las conclusiones de la sentencia.» (Casación, octubre 17 de 1930), XXXVIII 183, 1ª y 2ª

CASACIÓN. 39—Se alegó en casación que el Tribunal debió declarar probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido, y que por no haberlo hecho así había violado el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, (1), que ordena reconocer en la sentencia las excepciones que se hallen plenamente justificadas.

«Según doctrina constante de la Corte, no puede fundarse la casación en el quebrantamiento del artículo 51 de la Ley 105 de 1890, cuando el Tribunal no reconoce una excepción perentoria que no ha sido propuesta ni alegada.» (2) (Casación, febrero 18 de 1931)..... 444, 1ª

— 40—Se arguyó que había existido novación en un contrato y que el Tribunal en su sentencia no la había reconocido.

«La excepción de este nombre no fue alegada por el demandado en la oportunidad que el Código Judicial (artículo 482) le brindaba y de aquí que, en la hipótesis que estuviera establecida, no podría infirmarse la sentencia por no haberla declarado de oficio el Tribunal, de conformidad con una conocida doctrina de casación. Véase, por ejemplo, el número 1582 del tomo 3º de la *Jurisprudencia de la Corte* » (3) (4). (Casación, octubre 17 de 1930), XXXVIII..... 184, 2ª

— 41—Si en la parte motiva o en las consideraciones de un fallo hubiere erradas apreciaciones sobre los hechos o el derecho, no es la segunda causal el medio para enmendar el agravio.» (5). (Casación, octubre 23 de 1930), XXXVIII..... 187, 1ª.

(1) Artículo 343 del nuevo Código Judicial.

(2) Concordancias: números 599, 1589, 1593, 1595, tomo 1,º, «Jurisprudencia de la Corte.» 1934, tomo 2º, 537, 606, 1588, 1607. 1618, 1620 bis, 1621, 1625. 1964, 3096. tomo 3º

(3) El artículo 482 del antiguo Código Judicial es hoy el 341 del nuevo Código.

(4) Concordancias: número 1595, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» 948, tomo 2º, 1615, 1618, 1620 bis, 1624, 1625, tomo 3º

(5) Artículo 2º de la Ley 169 de 1896, hoy 520 del Código Judicial.

Págs.

CASACIÓN EN LO CRIMINAL. 42—Como motivo de casación alegó un recurrente el de nulidad del juicio por haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito en cuanto en el auto de proceder no mencionó el Juez el delito o delitos por los cuales se interrogó más tarde al Jurado, sino que apenas se limitó a mencionar los capítulos 1.º, títulos 1.º y 3.º, Libro 3.º del Código Penal. En consecuencia, invocó como causal de casación del fallo, entre otras, la de que trata el numeral 2.º del artículo 3.º de la Ley 78 de 1923. El Tribunal, tan pronto como se alegó la nulidad del juicio por esa causa, dijo que si era verdad que se había faltado así a la expresa disposición del artículo 345 de la Ley 105 de 1890, que dice que en el auto de proceder se debe expresar el nombre del delito por que se procede, eso apenas constituía una irregularidad.

La Corte invalidó el fallo recurrido sentando la siguiente doctrina:

«La formulación de cargos de una manera tácita en el auto de proceder, no puede constituír una simple irregularidad, como lo sostiene el Tribunal; el auto de proceder, como ya ha tenido ocasión de expresarlo esta Sala, repetidas veces, constituye la demanda que el Juez, en nombre del poder social, presenta contra el acusado para que éste se defienda y nadie, ni aun en materias civiles, puede contestar o defenderse de tácitos pedimentos o declaraciones. En cuestiones civiles es necesario consignar con la mayor nitidez qué es lo que se pide y en las penales en que se ventilan intereses de un orden más elevado, se impone severamente la necesidad de que el acusado conozca con la mayor claridad y precisión, cuál o cuáles son los cargos por que debe responder; pues de otra suerte no se cumple con el mandato constitucional, que dispone que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.... La nulidad de que trata el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, en relación con el artículo 345 de la Ley 105 de 1890, debe decretarse, por los motivos expresados, desde el auto de proceder, inclusive.» (1). (Casación, enero 28 de 1931) XXXVIII..... 355, 2ª, y 356, 1ª

— 43—No es alegable por la segunda causal de casación en lo criminal (2) el hecho de no haber asistido al sorteo de Jurados ni el Fiscal ni el defensor del procesado o recurrente.

«.... Esto no significa que exista vicio de nulidad emanado de allí; pues la ausencia del Fiscal y del defensor nada afecta el proceso, porque tanto

(1) Hubo salvamento de voto del doctor Juan C. Trujillo Arroyo, que tacha la sentencia de «formalismo exagerado, reñido con la jurisprudencia.» El salvamento se refiere también a cuestiones de fondo.

(2) Artículo 3º, Ley 78 de 1923.

Págs.

el uno como el otro estuvieron en libertad de asistir o nó a la práctica de aquella diligencia, ya que en la debida oportunidad se les notificó personalmente el auto en que se señalaba día y hora para el sorteo de Jurados. Además de esto, consta que el procesado concurrió e hizo uso del derecho de recusar. Más bien, si no se hubiera llenado el requisito de aquella notificación personal, podría sostenerse la nulidad, con base en el ordinal 1º artículo 265 de la Ley 57 de 1887.» (Casación octubre 16 de 1930), XXXVIII 190 y 191 2ª y 1ª

CASACIÓN EN LO CRIMINAL POR PRIMERA CAUSAL. 44—Si no se plantea en debida forma la cuestión tocante a la primera causal de casación, conforme al artículo 3º de la Ley 78 de 1923 ni se señala la ley sustantiva penal violada y la que debiera aplicarse en su lugar, ni se expresa el concepto o motivo jurídico de la pretendida violación, la demanda no presenta materia para estudio de fondo y el recurso se halla desierto en lo tocante a esa causal. (1) (Casación, octubre 16 1930) XXXVIII..... 190, 2ª

— 45—LAS NULIDADES ADJETIVAS O PROCEDIMENTALES SON AJENAS A LA CASACIÓN En el juicio ordinario que se siguió ante el Juez 1.º del Circuito en lo civil de Girardot sobre nulidad del juicio divisorio de los terrenos denominados Guavinal, Yesal, Barzalosa y Zanjahonda y sobre otros extremos, fue acusada la sentencia del Tribunal de Bogotá como violatoria de los artículos 1748, 1749 y 1750 del Código Civil de Cundinamarca; 1740 y 1741 del Código Civil vigente y 15 de la Ley 95 de 1890, por no haberlos aplicado el Tribunal al caso del pleito, pues se fundaron los actores, para pedir la nulidad del juicio, en varios motivos de orden meramente adjetivo o procedimental, tales como el de que se pidió la división de la comunidad sin que se presentara prueba de ninguna clase con la demanda, en que ésta no fue firmada por ninguno de los herederos legítimos del causante nombrado, en que la sentencia del Tribunal en que se anuló todo lo actuado en el juicio divisorio estaba por notificarse, en que no se fijó uno de los edictos a que se refiere la Ley 30 de 1888, en que la junta de árbitros no acabó de cumplir su encargo y en otros motivos que atañen al procedimiento seguido en ese juicio.

«Los fundamentos en que se apoya esta petición están indicando que la nulidad solicitada se hace depender de irregularidades que se cometieron en la secuela del juicio divisorio, formalidades que en ningún caso, ni por ningún motivo, generan las nulidades absolutas o relativas a que se refieren los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, y 15 de la Ley 95 de 1890. Para fundamentar este aserto basta reproducir la doctrina de la Corte sobre el particular: 'Al decir el artículo 1740 del Código Civil que es nulo *todo acto* o contrato a que falte algunos de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su *especie* y la calidad o estado de las partes, se refiere a los actos o contratos civiles celebrados entre las partes de su libre voluntad, entre los cuales actos no quedan incluídas las sentencias judiciales. Las nulidades en la secuela del juicio o nulidades de procedimiento, ajenas a la casación, deben proponerse en el mismo juicio en que se incurrió en ellas.' (1) (Casasación, treinta de agosto de mil novecientos veinticuatro XXXI, 105, 3ª

'Las disposiciones del Código Civil sobre nulidad (se aludía a la prueba del interés para alegar la nulidad) sólo son aplicables a los actos o contratos civiles entre partes, y no a las actuaciones judiciales o administrativas. (2) (Casación doce de febrero de mil novecientos veinticinco.) XXXI 253, 2ª)'» Casación, XXXVIII, Marzo 2 de 1931..... 522. 1ª y 2ª

CASACIÓN. TERMINO PARA FUNDAR EL RECURSO. 46—«Profesa esta Superioridad la doctrina de que es perentorio el término que la ley concede al recurrente para fundar el recurso (treinta días, según el artículo 151 de la Ley 40 de 1907); de suerte que no vale hacerlo ni antes (como no sea ante el Tribunal en el término de quince días a que se refiere el artículo 3º de la Ley 90 de 1920), ni después.» (3) (4) (Auto, noviembre 11 de 1930, XXXVIII)..... 283, 1ª

— 47—TIEMPO HÁBIL PARA FUNDAR EL RECURSO. «Sólo es tiempo hábil para fundar el recurso de casación ante el Tribunal, el de quince días de que trata el artículo 150 de la Ley 40 de 1907, (Artículo 28 de la 81 de 1910) y ante la Corte, el de treinta días señalado en el artículo 151 de la citada Ley 40 de 1907 (5), que es término perentorio. Si el memorial en que se funda el recurso no se ha introducido en ninguno de los expresados términos, debe declararse desierto el recurso. (Auto, 13 de agosto de 1930), en el cual se transcribe la

(1) Concordancia: número 558, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(1) Concordancias: número 505, tomo 1º «Jurisprudencia de la Corte» número 435, tomo 3º, 473, 519, 535 ibid.

(2) Véase el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial actual.

(3) Artículos 521 y siguientes del nuevo Código Judicial (Ley 105 de 1931).

(4) Concordancias números 5, 1717, 1721, 2019, 3947, 3954, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte» 8, 483, 3326, 3903, tomo 3º

(5) Artículos 521 y siguientes del nuevo Código Judicial.

Págs.

anterior doctrina de la del 19 de agosto de 1922 (1)..... 58, 2ª.

CAUSALES DE ABANDONO DE UNA MINA. 48—En un juicio ordinario instaurado por el denunciante de una mina, alegó en el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal y como motivo de violación de la ley sustantiva sobre minas, el abandono de ésta por el opositor al denuncio. La Corte citó sobre el punto una doctrina suya anterior, en la cual dijo lo siguiente:

« ...Siendo las causales de abandono legal de una mina taxativas y específicamente determinadas en el artículo 345 del Código de Minas con sus concordantes, el abandono pretendido por el recurrente carece de base.» (Casación, diciembre 13 de 1930), XXXVIII..... 383, 1ª

CAUSAL DE CASACIÓN. 48 BIS—Conforme a jurisprudencia constante de la Corte, la cuarta de las causales de casación (2), la incompetencia de jurisdicción en el Tribunal sentenciador, procede de haber conocido un Juez o Tribunal en negocios que no le están atribuídos y que competen a otro, ya por la naturaleza de la causa, o ya en razón del lugar donde deba ventilarse el juicio. (3), (Casación, noviembre 25 de 1930, XXXVIII..... 303, 2ª

— DE CASACIÓN. CONSTITUYE CAUSAL DE CASACIÓN EL HECHO DE DICTAR UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN DEFICIENTE. 49—En el juicio ordinario seguido por Francisco Díaz contra José Francisco Robles Samper, recurrió este último en demanda de casación ante la Corte contra la sentencia del Tribunal de Santa Marta, alegando la segunda causal conforme al artículo 2.° de la Ley 169 de 1896, por no haber fallado el Tribunal la excepción de prescripción propuesta, sobre la cual dijo apenas lo siguiente: «Y en cuanto a la prescripción, enunciada, no alegada, tanto sobre la servidumbre misma como de los perjuicios cobrados por ella, nada puede resolverse tampoco por la razón sencilla de que no fue ni siquiera alegada para ninguno de los casos por el demandado.» Anotó el recurrente que la ley no ha establecido determinadas expresiones para oponer una excepción y que la de prescripción fue alegada por el apoderado del opositor en varios pasajes de la contestación de la demanda. Dijo la Corte:

«Estímase procedente el cargo. Para la Corte, la excepción está propuesta en los párrafos transcritos de la contestación de la demanda, porque en éstos aparece clara la intención, no simplemente de enunciar, sino de aducir en defensa del reo la prescripción adquisitiva de la servidumbre o de determinado modo de ejercerla...Tanto más necesario era

Págs.

decidir sobre la excepción cuanto el Tribunal consideró probada la acción. Así es que la sentencia ha de ser anulada, de conformidad con el artículo 61 de la Ley 100 de 1892.» (1) (Casación, junio 30 de 1930)..... 8, 1ª

CAUSAL DE CASACIÓN. 50—El ejecutado recurrente en casación contra la sentencia de un Tribunal que decidió un juicio ordinario de tercería coadyuvante declarando que una sucesión para la cual habían pedido los terceristas, tenía mejor derecho que ejecutado y ejecutante al dominio de diez bonos que fueron objeto de la controversia, alegó la primera causal de casación fundándola en que «en la sentencia objeto del recurso no se falló sobre la excepción perentoria alegada por la parte demandada, relativa a la carencia o ilegitimidad de personería del actor o tercerista.

Dijo la Corte:

«Anota la Corte que lo que en puridad invoca el recurrente es la causal 2ª por no haberse fallado acerca de una excepción.» (2) (Casación, febrero 4 de 1931), XXXVIII..... 432, 2ª

— 51—En juicio ordinario de oposición a un deslinde fue acusado el fallo del Tribunal ante la Corte, de defectuoso. Consistió el cargo en que el Tribunal, en sentir del recurrente, dejó de fallar la excepción de prescripción adquisitiva. Entendió que aunque el Tribunal la declaró inadmisible, la sentencia que omitió decidirla de fondo fue deficiente porque una vez alegada oportunamente y respaldada con fundamentos, cualquiera que sea el pleito en que se oponga y la parte que la aduzca, es admisible.

«La sola enunciación de este cargo indica que el recurrente confunde el concepto de primera causal con el de segunda por insuficiencia del fallo (3). No dejó de decidir el Tribunal acerca de la excepción, puesto que la declaró inadmisible. Ahora, si ella, en opinión del recurrente, era admisible en derecho, la acusación ha debido ser por primera causal.» (Casación, noviembre 17 de 1930), XXXVIII 308, 1.ª

— 52—La violación de ley sustantiva por efecto de una errónea interpretación de ella, no constituye la segunda sino la primera de las causales de casación. (4) (Casación, XXXVIII, número 1866, julio 18 de 1930..... 47, 2ª

— 53—Por segunda causal (5) fue acusada una sentencia basándose el recurrente en que adolecía de incongruencia por exceso, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

(1) Concordancias: números 5, 1717, 1721, 2019, 3947, 3954, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte,» 8,483, 3326, 3903, tomo 3º, 303 y 305, tomo 2º

(2) Artículo 2º, Ley 169 de 1896, hoy 520 del Código Judicial.

(3) Concordancias: números 1941, 1944, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(1) Concordancia: números 1592, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» 1616, tomo 3º

(2) Artículo 2º Ley 169 de 1896.

(3) Artículo 2.° Ley 169 de 1896, hoy 520 de la Ley 105 de 1931.

(4) Artículo 2.° de la Ley 169 de 1896. Véanse los artículos 520 y siguientes del nuevo Código Judicial.

(5) Artículo 2º de la Ley 169 de 1896, hoy 520 de la Ley 105 de 1931.

Págs.

Se hizo consistir el cargo en que debió el Tribunal tener en cuenta una operación matemática indicada por el recurrente, que se basara en determinados antecedentes numéricos para apreciar una venta de un bien raíz en relación con su cabida.

«El solo desarrollo del cargo indica que éste no corresponde a segunda causal, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el juicio, sino que se dirige contra uno de los fundamentos en que se apoya el Tribunal. Repetidas veces ha declarado la Corte que una sentencia no es *ultra petita* cuando, circunscribiéndose dentro de los límites que tiene el litigio, toma como fundamento alguno o algunos diferentes de los alegados por las partes. En tal caso la acusación ha de ser por primera causal, fundándose en el error de hecho o de derecho que tengan tales fundamentos.» (Casación, noviembre 26 de 1930), XXXVIII..... 311, 2ª

CAUSAL DE CASACIÓN. 54—Se demandó a una compañía de comercio como agente de un Municipio. En casación alegó el recurrente contra la sentencia del Tribunal que confirmó la del Juez, la segunda causal a que se refería el artículo 2.° de la Ley 169 de 1896 (1), porque sostuvo que el actor había demandado no a la compañía, sino al Municipio y que al condenar a la compañía al pago de una suma de dinero había incongruencia entre lo demandado y lo sentenciado.

«Fue demandada la casa Ulen & Company como Agente del Municipio de Bogotá y sobre ella, en tal carácter, recayó la condenación. No se descubre, por tanto, la incongruencia que se acusa entre lo demandado y lo fallado, lo cual basta para desestimar la alegada causal segunda. Ahora: si la nombrada casa no estaba obligada a pagar la indemnización, sino que el obligado era el Municipio, la cuestión ha debido tratarse por la primera causal de casación. El Tribunal estimó que la casa Ulen & Company es la entidad civilmente responsable del daño causado a Benjamín Sierra, y dio las razones de su aserto, sacadas de las pruebas traídas al proceso, especialmente el contrato celebrado entre esa entidad y el Municipio de Bogotá. Esto lo ha controvertido el representante de la parte demandada; pero es claro que, desde su punto de vista, ha debido impugnar la sentencia por extremos derivados de la primera causal, porque creyera, verbigracia, que el sentenciador incurrió en error evidente de hecho en la apreciación de la demanda, o en errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, de todo lo cual se siguiera la violación de determinados preceptos legales. Casar la sentencia por lo que indica el recurrente equivaldría a decir que la Ulen & Company no es la responsable; y esto, se repite, sólo podría examinarse y resolverse por motivos incluídos en la primera causal, que no fue aducida.» (Casación diciembre 19 de 1930), XXXVIII..... 386, 1ª

(1) Hoy el artículo 520 y siguientes del nuevo Código Judicial.

Págs.

CAUSAL DE CASACIÓN. 55—Si en los considerandos de un fallo hubiere erradas apreciaciones sobre los hechos y el derecho, no es la segunda causal el medio para enmendar ese agravio. (1). (Casación, XXXVIII, número 1869, octubre 22 de 1930) 187, 1ª

— 56.—Un recurrente en casación acusó una sentencia de ser violatoria de varias disposiciones de ley sustantiva; unas de ellas por indebida aplicación, y otras por haber dejado de aplicarlas el Tribunal, que debió haberlas aplicado al caso del pleito; la acusó asímismo por errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, pero omitió citar la causal alegada.

«Si bien es cierto que—como lo anota el opositor—el expresado recurrente omitió citar la causal alegada, hallándose, como se hallan, expuestos con claridad y precisión los cargos que la motivan, ella se encuentra suficientemente determinada, sin que tal omisión sea óbice para que la Corte pueda juzgar de la legalidad o ilegalidad de la referida sentencia.» (Casación, diciembre 2 de 1930), XXXVIII)..... 344, 1ª

— 57—EN LO CRIMINAL. Fue acusada una sentencia por la causal 3.ª de casación reconocida por el artículo 3.° de la Ley 78 de 1923, por haberse impuesto una agravante que por sí sola, dijo el recurrente, no debía elevar a segundo grado la responsabilidad.

«No es materia de la causal 3ª ningún estudio acerca de la calificación de la delincuencia que, conforme a la ley, se funda en circunstancias accesorias que por su naturaleza no es preciso que figuren ni en el enjuiciamiento ni en el veredicto, sino que están destinadas a que el Juez de derecho las aprecie en la sentencia. El estudio corresponde, en consecuencia, a la causal 1ª» (Casación, marzo 25 de 1931), XXXVIII..... 473, 2ª

— 58—EN LO CRIMINAL. La violación de las garantías que consagra el artículo 26 de la Constitución, no corresponde propiamente a la primera causal, sino a la segunda, (2) pues es ésta la que contempla las nulidades o vicios de que puede adolecer el procedimiento. (Casación, XXXVIII), 1877. 568 2ª

(1) Artículo 2.° de la Ley 169 de 1896.

(2) Artículo 3º numeral 2º Ley 78 de 1923.

Págs.

CELOS EN LA COMISIÓN DE UN HOMICIDIO. 59—Luis Angel Villa, que andaba sobremodo celoso de Alfonso Palacio porque conversaba a menudo con su esposa María del Carmen López, le dio muerte cuando se hallaba dormido; confesó su delito ante el Juez Superior de Pereira, el cual presentó al Jurado, entre otras cuestiones, la referente a las circunstancias de alevosía, a traición, etc., mientras se hallaba la víctima profundamente dormida. El Jurado contestó a este cuestionario así: «*Si, pero bajo la pasión de los celos.*» Condenó el Juez al acusado a la pena de 20 años de presidio, aplicando los artículo 3.º y B. del Acto legislativo número 3 de 1910, en relación con los artículos 586, 597 y 598 del Código Penal y el Tribunal confirmó el fallo. Recurrió en casación el apoderado del reo alegando, para sustentar la causal de casación que adujo, que el veredicto envolvía la más cabal expresión de la duda sobre la responsabilidad del acusado.

La Corte, en los fundamentos que expone para no casar la sentencia recurrrida, dice:

«Es indudable que Luis Angel Villa desde algún tiempo atrás venía siendo torturado por la sospecha o el recelo de que su esposa Carmen López pudiera llegarle a ser infiel con Alfonso Palacio, pero con la circunstancia de que, según las declaraciones de los testigos, ningún fundamento había para tales sospechas, nacidas nada más que de la torpe e innoble pasión de los celos. Con una base meramente imaginativa, y por lo mismo sin fundamento alguno en la realidad, los celos se tradujeron en odio profundo hacia la persona que Villa creía le estaba amenazando la tranquilidad de su hogar y por eso, en diversas ocasiones, buscó, al amparo de la noche, la manera segura de eliminar a su supuesto rival, desistiendo de ello por estas o aquellas razones, pero viviendo siempre con el alma emponzoñada esperando la oportunidad mejor para saciar sus intentos. El influjo de las pasiones, y en este caso los celos o el odio en que se tradujeran, no puede considerarse como una de las causas que privan al agente del discernimiento o del uso de la razón, aunque ese mismo influjo pueda servir en ciertos casos como causa de excusa, como cuando se trata de miedo insuperable o de *in flagranti* adulterio. De otra suerte, se admitiría la impunidad de muchos delitos atroces y habría que suprimir las categorías de los *delincuentes pasionales*. Los celos de Villa no le privaron del uso de su inteligencia y ni siquiera de la reflexión; apenas le sirvieron para aumentar la intensidad del dolo. Y así, aquella tarde, cuando Palacio se hallaba bajo la influencia alcohólica, no aceptó Villa la riña o las proposiciones de paz y armonía que el otro le hiciera, sino que procurando ocultar sus verdaderas intenciones y sus propósitos preconcebidos, en uso de su libertad de elección, prefirió esperar la oportunidad mejor y más segura para llevarlos a cabo; y esta fue la que poco después aprovechó al quedar solo delante de un hombre anonadado, abatido e indefenso por el sueño profundo que produce la embriaguez.» (Casación, julio 15 de 1930)..... 32, 2ª, 33 1ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. 60—Un individuo dio muerte a otro, impulsado por las circunstancias y sin premeditación, como respondió el Jurado, en los momentos en que se hallaba conturbado por la exaltación producida a la vista del seductor de su hermana y cuando, dirigiéndose a éste para tomarle cuentas, observó que hacía ademán de sacar arma, con lo cual se le adelantó dándole muerte con unos disparos de arma de fuego. El Juez Superior de Cartagena le condenó a seis años de presidio con aplicación del artículo 600 del Código Penal y el Tribunal a doce, calificando la delincuencia en el mayor grado por estimar que en el homicidio habían concurrido circunstancias agravantes.

Dice la Corte:

«Es sobremodo extraño y absolutamente incomprensible que el Tribunal haya apreciado de manera tan ligera, por decir lo menos, los fundamentos de la reforma que hizo a la sentencia de primera instancia, sin detenerse a estudiar, en lo más mínimo siquiera, la razón de ser de la agravación de la pena como base en la calificación de la delincuencia del acusado en su grado máximo, pero sin asentar la existencia demostrada de las circunstancias agravantes que apenas enumeró.... Es harto bien sabido, y la Corte lo ha dicho muchas veces, que para que puedan tenerse en cuenta como circunstancias agravantes algunas de las que han sido presentadas al Jurado en los casos de homicidio premeditado, de conformidad con el artículo 79 de la Ley 100 de 1892, no basta simplemente que el Jurado las haya afirmado, aun descartada la premeditación, sino que es menester que se halle plenamente demostrada la existencia de ellas, y así se pongan de relieve dentro de las consideraciones respectivas. Esto, porque la calificación de la delincuencia es cosa que compete exclusivamente al Juez de derecho. De suerte que, si en un caso como el que se contempla, el Jurado no solamente negó la premeditación sino también las circunstancias que se le presentaron como constitutivas de asesinato, con mayor razón, si cabe, hay que demostrar la existencia de algunas de tales circunstancias en el proceso, demostración que debe hacerse en forma plena o completa, para que puedan tenerse en cuenta para la calificación de la delincuencia.» La Corte analiza luego las llamadas circunstancias agravantes por el Tribunal y demuestra que no tienen, como lo

Págs.

dice, «la más mínima demostración.» (Casación, XXXVIII, número 1877, agosto 14 de 1931)..... 579 1ª y 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. 61—Un individuo dio muerte a una mujer, sin causa alguna, estando ebrio, en los momentos en que airada inquiría la razón de una ofensa que el homicida había hecho a su marido.

«Estos hechos, por la manera como se desarrollaron, están dando cuenta de un homicidio que no admite la atenuación que se alega en la demanda en cuanto sostiene que debió calificarse la responsabilidad en tercero o ínfimo grado y aun cuando solamente existiera como única la circunstancia agravante del sexo femenino de la víctima. Sobre esto, la disposición contenida en la segunda parte del artículo 123 del Código Penal, es terminante al exigir que no haya ninguna circunstancia agravante, para que quepa o sea admisible la calificación en tercer grado. Y esto tiene su razón de ser, porque no estaría de acuerdo con las normas de equidad y de justicia, que informan la Jurisprudencia, el atribuír el mismo grado de responsabilidad a quien delinque, sin que exista circunstancia de agravación ninguna, y a la persona que consuma un hecho punible mediante una circunstancia que en sí misma agrava el delito, circunstancia que en muchos casos puede ser de gravedad extraordinaria. Nuestro Código Penal, como queda dicho, determina el tercer grado para cuando no hay circunstancia agravante y sí atenuantes, lo cual no corresponde al caso de Francisco Alvarez, ventilado en este juicio, pues existe una circunstancia de agravación.» (1) (2). Casación, octubre 21 de 1930) XXXVIII 217, 2ª

— Y ATENUANTES. 62—Se dijo en una sentencia que había hecho bien el Jurado en señalar afirmativamente las circunstancias agravantes de alevosía, sorpresa e indefensión, porque tales circunstancias resaltan en la consideración que el Jurado pudo tomar como base de su veredicto. El recurrente acusó la sentencia de violación de la ley penal en cuanto por ésta se sienta como fundamento del grado de la delincuencia la respuesta del Jurado al cuestionario propuesto por el Juez Superior, siendo así que no corresponde la graduación de la delincuencia a los Jueces de hecho sino a los de derecho.

Págs.

«Cierto es que el Jurado, en sendos veredictos y por unanimidad de votos, descartó la premeditación y contestó afirmativamente con respecto a ambos delitos, el hecho de la responsabilidad de López, quien obró, dice el cuestionario, 'voluntariamente, con intención homicida, con alevosía y sorprendiendo a la víctima desapercibida e indefensa'. Esto fue lo que se preguntó al Jurado y esto fue lo que contestó afirmativamente, pudiendo haber hecho uso de la amplia facultad que le da la ley para modificar o reducir el cuestionario, cuya solución viene a ser generalmente el molde para la sentencia definitiva. El Jurado no hizo ni podía hacer la graduación del delito, sino que consignó como probados, en su concepto, ciertos hechos o circunstancias fundamentales para esa calificación de la delincuencia, que hizo el Juez de primera instancia en su fallo, después de estudiar detenidamente los autos, como los había estudiado para el auto de proceder..... Ya se ha visto que el Juez de la causa hizo la calificación en grado medio y esto lo aprobó el Tribunal, porque halló de un lado la buena conducta anterior del reo, y, del otro, agregadas a la voluntad o intención homicida, la alevosía, la sorpresa a las víctimas indefensas y desapercibidas, la alarma que causó el delito, la crueldad y violencia contra los agredidos, a quienes no se halló arma ninguna.....» (1). (Casación, septiembre 6 de 1930), XXXVIII..... 143, 1ª y 2ª

Salvó su voto el Magistrado doctor Parmenio Cárdenas haciendo notar que «el recurrente, con acierto indiscutible, ataca la sentencia del Tribunal, en cuanto en ella sólo se tuvo en cuenta para calificar la responsabilidad en segundo grado la contestación afirmativa que el Jurado dio al cuestionario que se le presentó sobre circunstancias de asesinato, no obstante haber descartado la premeditación. Ese error jurídico es manifiesto y así ha debido reconocerse, con el fin de uniformar la jurisprudencia, objeto primordial de la casación.» Cita luégo la sentencia publicada en la *Gaceta Judicial*, número 1820, y continúa: «En el fallo en cuestión parece que se desconociera la doctrina anterior; pues luégo de afirmar que el 'Jurado no hizo ni podía hacer la gradación del delito,' se acepta que no hizo sino consignar «como comprobados, en su concepto, ciertos hechos o circunstancias fundamentales para esa calificación de esa delincuencia. Los hechos o circunstancias fundamentales para la calificación de la delincuencia, es decir, para la fijación del grado, no dependen, no pueden depen-

(1) Dice el salvanento de voto del Magistrado doctor Parmenio Cárdenas: «Sostener que una sola agravante, cualquiera que sea su naturaleza, es suficiente para la calificación en segundo grado de la responsabilidad, provocando así un aumento matemático de la pena, aun cuando ésta resulte alejada de la realidad, de las condiciones del delincuente y de la objetividad del delito, es ponerse en pugna con los principicios universales que hoy rigen en materia de individualización de la pena, cerrando el paso a las actuales condiciones jurídicas y sociales.

(2) Concordancias. Véanse los números 661 y 1826 del tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

der, como se ha visto, de lo que diga el Jurado; es esa una atribución propia del Juez de derecho, que la ejercita teniendo en cuenta únicamente las pruebas del proceso. El recurrente presenta un aspecto importante en su alegato, que no fue materia de estudio en el fallo, o sea, que no hay en realidad pluralidad de circunstancias agravantes, aun admitiendo que tengan tal carácter las deducidas por el Jurado, porque la indefensión de que allí se habla, es apenas una de las formas de alevosía, pero no pueden considerarse como distintas, dados los términos en que está concebido el numeral 3º del artículo 586 del Código Penal, pues que sería tanto como decir: 'Conozco tres países de la América del Sur: Perú, Argentina y América.' No sólo se omitió estudiar esta tacha, con la cual estoy de acuerdo, sino que a mi juicio, se incurrió en el mismo error al enumerar como circunstancias de agravación distintas la alevosía y la sorpresa, a las víctimas indefensas y desapercibidas'; como también se ha incluído equivocadamente entre esas agravantes la voluntad homicida, que no tiene, que no puede tener jamás, ese carácter, sino el de elemento constitutivo del delito, sin el cual éste no podría considerarse como tál.»

CIRCUNSTANCIAS CUALIFICATIVAS DE UN HECHO EN EL AUTO DE PROCEDER. 63—Al preguntársele a un Jurado si el acusado era responsable de haber matado a garrotazos a N, voluntariamente, con premeditación, hallando a la víctima desprevenida y obrando el homicida con alevosía y sobreseguro, respondió a la primera pregunta: «Si es responsable, pero sin premeditación, y en una riña provocada por el homicida;» a la segunda contestó que nó. Se acusó la sentencia que condenó al reo a la pena de nueve años de presidio de no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o de estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Para sustentar la acusación dijo la demanda que en el enjuiciamiento no se contempló cargo alguno sobre la circunstancia de haberse dado la muerte con previa provocación a riña por parte del homicida, circunstancia que sí tuvo en cuenta la sentencia.

«A eso se observa que tal circunstancia no es cualificativa del homicidio, esto es, que lo haga variar de especie como sucede con la premeditación y las circunstancias de asesinato. Por consiguiente, si la parte motiva del enjuiciamiento contempla el cargo de homicidio voluntario, y por tal delito condenó la sentencia, no se advierte discrepancia alguna entre las dos piezas del proceso. No está, pues, justificado este motivo de casación. Pero en cambio, debe advertirse que a menudo olvidan los Jueces la necesidad de concretar en la parte motiva del enjuiciamiento las circunstancias cualificativas del hecho, porque

Págs.

debiendo aparecer allí la comprobación del cuerpo del delito, es preciso que figuren todos los elementos que para ello son necesarios, no siendo bastante una imputación genérica, sino que es preciso que se haga una imputación específica, para que el acusado sepa desde entonces cuál es el cargo nítido de que debe defenderse y tenga, por lo mismo, todas las garantías que le otorgan nuestras leyes fundamentales. Tal es la doctrina sostenida por la Corte en repetidos fallos, y se considera oportuno recordarla, en vista de que el examen del auto de proceder en el presente juicio lleva a la conclusión de que no daba margen para interrogar al Jurado sobre las circunstancias específicas de premeditación y asesinato contenidas en el cuestionario, desde luégo que en la parte motiva del enjuiciamiento no se hace ninguna alusión a ella. Afortunadamente no llegó el caso de que pueda tratarse este punto en el fondo, por haber sido contestado negativamente.» (Casación, marzo 25 de 1931), XXXVIII..... 473, 2ª

CODEUDOR PRINCIPAL SOLIDARIO. FIADOR SOLIDARIO 64—No son sinónimos. En la sentencia en que la Sala de Negocios Generales de la Corte reforma la del Tribunal de Bogotá en un juicio ejecutivo en que se propusieron unas excepciones, entre ellas la de extinción de la fianza por la prórroga del plazo de la obligación sin consentimiento de los fiadores, se cita la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte, proferida el 15 de mayo de 1930, a la cual pertenecen los siguientes puntos:

«La doctrina del Tribunal, de reciente data, opuesta a la que antes había establecido aquella corporación, puede resumirse en estas dos proposiciones: 1ª En derecho, deudor principal solidario y fiador solidario son sujetos pasivos de la misma especie en las obligaciones contraídas para con el acreedor. 2ª La sola estipulación de solidaridad con que el fiador contrae su obligación, convierte la obligación accesoria en principal, igual a la contraída por el deudor principal solidario a quien cauciona. «Esta nueva doctrina del Tribunal requería que los fundamentos en que la apoya no se expusieran como meros postulados que deban admitirse sin ser demostrados, sino como proposiciones respecto de las cuales debía averiguarse a la luz de los principios y de la historia del Derecho Civil, la verdad de aquella identidad de relaciones jurídicas que el Tribunal sienta como incontrovertibles. El concepto ideológico de identidad exige que las cosas que se perciben como de idéntica naturaleza no tengan mezcla alguna de *un no ser* relativo; de suerte que no basta que participen de algunas otras o elementos comunes para que sean de naturaleza idéntica,

Págs.

pues si se descubren en ellas diferencias, son cosas distintas. Para hallar identidad entre codeudor principal solidario y fiador solidario, no es suficiente probar que uno y otro responden singularmente al acreedor del total de la cosa debida, sino demostrar también que, en sus relaciones con él, no existe ninguna diferencia. Las diferencias existen, muy importantes ciertamente: *a*) La obligación del codeudor principal, para que sea efectiva, ha de ser civil, esto es, que confiera derecho al acreedor para exigir su cumplimiento. La obligación del fiador no sigue necesariamente la naturaleza de la obligación principal, sino que aun siendo ésta meramente natural, puede sin embargo exigirse el cumplimiento de la fianza a virtud del respectivo contrato. (Artículo 2364 del Código Civil). *b*) El contrato de donde nace la obligación del codeudor principal es ordinariamente conmutativo, al paso que el de fianza es gratuito, con respecto al acreedor. (Artículo 1497 del Código Civil). *c*) La obligación del codeudor principal toma ser de un acto o contrato verificado con el conocimiento y beneplácito de todos los que intervinieron en él. Por el contrario, el fiador de cualquiera especie puede contraer su propia obligación sin orden y aun sin noticia y contra la voluntad del principal deudor. (Artículo 2371 del Código Civil). *d*) La obligación del codeudor principal dura tanto cuanto perdure el contrato de que nace. La obligación del fiador, sea o no solidaria, puede no tener esa duración, ya por haberse constituído la caución con limitaciones de tiempo o de condición suspensiva o resolutoria (artículo 2366 del Código Civil), ya por ocurrir algunas de las causales del relevo de fianza señaladas por la ley. (Artículo 2394 del Código Civil.) *e*) El codeudor principal demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones personales suyas (artículo 1517; pero el fiador no puede oponer tales excepciones del deudor principal. (Artículo 2380). *f*) El codeudor solidario no puede oponer la prescripción renunciada por él; el fiador sí la puede oponer, (Artículo 2516 del Código Civil). *g*) El codeudor principal solidario que ha pagado la deuda subroga al acreedor en sus derechos y acciones, pero limitada su acción respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda (artículo 1579 del Código Civil). El fiador, por el contrario, si hubiere muchos deudores principales y solidarios a quienes haya afianzado, puede demandar a cada uno de ellos por el total de la deuda (artículo 2397 del Código Civil). Y tiene, además, una

Págs.

acción peculiar de que carece el codeudor principal; la de indemnización de perjuicios conforme a las reglas generales (artículo 2395 del Código Civil). El argumento de autoridad, sacado de la legislación comparada o invocado por el Tribunal en apoyo de su tesis, carece de exactitud. Cita en primer término el artículo 2021 del Código de Napoleón, que contiene en su parte final esta disposición: 'En tal caso (cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor principal), *el efecto de su compromiso se regula por los principios que se han establecido para las deudas solidarias*'. Respecto de la inteligencia que hubiera de darse a esta disposición, hubo en tiempos pasados divergencias entre los expositores del Código y surgieron dos sistemas de interpretación. Según unos, 'debe haber asimilación completa entre el fiador solidario y el codeudor solidario. Según otros, 'no puede haber tal asimilación completa entre esos dos obligados, Esta cuestión controvertida hubo de llevarse, como era natural y necesario, ante los Tribunales, y tocó a la Corte de Casación de Francia decidirla y sentó al efecto la doctrina de que 'no puede haber asimilación completa entre el fiador solidario y el codeudor solidario. La fianza, aunque sea solidaria, conserva su carácter accesorio; el fiador no se obliga en interés propio, a diferencia del deudor solidario que, respecto del acreedor, se considera comprometido por interés propio y personal.' Aquella alta corporación hizo más: fijó el sentido y alcance preciso del artículo 2021, en estos términos: 'Si después de haber negado este artículo el beneficio de exclusión al fiador que, habiéndose obligado solidariamente, se reputa haberlo renunciado de modo implícito, agrega: *en tal caso el efecto de su compromiso se regula por los principios que han sido establecidos para las deudas solidarias;* este agregado es únicamente con el fin de privar igualmente al fiador solidario del otro beneficio de división, que siendo incompatible con todo compromiso solidario, sea principal o accesorio, se debe rehusar al fiador solidario, de la misma manera que el artículo 1203 se lo tiene denegado al codeudor solidario. Y concluye la Corte; 'Estas diferencias tan profundas no permiten admitir que el artículo 2021 haya entendido asimilar de una manera absoluta el fiador solidario al codeudor solidario, (Dalloz, Jurisprudencia General). Los expositores del Código de Napoleón, con muy contadas excepciones, se hallan acordes con la doctrina de la Corte de Casación, que se acaba de exponer. Dice Demolombe; la fianza aun cuando sea

Págs.

solidaria, no es sino una obligación accesoria a otra obligación que es la única principal. Pero se sostiene sin embargo, que el artículo 2021 parece asimilar el fiador solidario al codeudor solidario. No, ciertamente; el legislador no ha confundido la fianza solidaria con la obligación solidaria. Nótese en efecto, que este artículo no habla sino del fiador que haya contraído obligaciones iguales y solidariamente con el deudor. En este caso dice el artículo 2021, que el efecto del compromiso contraído por el deudor se regula por los principios que se han establecido para las deudas solidarias, las cuales excluyen el beneficio de excusión. La declaración, pues, contenida en el artículo 2021 debe restringirse y ser entendida en el punto de vista de la excepción que dio origen a que tal declaración se formulase. Es necesario, por consiguiente, guardarse bien de dar a esa declaración un alcance general y tomarla en el sentido de que la fianza solidaria esté asimilada completamente al codeudor solidario. 'El Tribunal incurre igualmente en inexactitud al invocar el artículo 1907 del Código Civil italiano en apoyo de su tesis.' Este artículo está interpretado por la jurisprudencia italiana de modo diverso. En efecto, la Sala de Casación de Turín en sentencia de 18 de junio de 1886 asentó esta doctrina: «Aunque la fianza solidaria produzca el efecto señalado en el artículo 1189 del Código Civil, esto es, que puede el acreedor dirigir su acción indistintamente, a su arbitrio, contra el fiador solidario sin que éste pueda oponerle el beneficio de excusión, ese efecto no desnaturaliza la fianza, de manera de confundirla en todo y para todo con la obligación solidaria; la fianza, en efecto, permanece siempre como una obligación accesoria respecto de la principal.» Erróneo en mayor grado es también el argumento de autoridad, tomado por el Tribunal del modernísimo Código Suizo sobre obligaciones: «Si el deudor se obliga con el deudor principal tomando la calificación de *fiador solidario*, codeudor solidario, o de cualquier otro equivalente, el acreedor puede perseguirlo antes de dirigirse al deudor principal y de realizar sus prendas.» Este inciso, como se ve, se limita a negar al fiador solidario el beneficio de excusión, al igual del Código Civil colombiano, artículo 2374. Pero el Código suizo se anticipó a decidir por disposición positiva y en sentido negativo la cuestión dudosa de que tratamos al presente de si el fiador solidario por constituírse en tal forma, asume el carácter de codeudor principal solidario, con relación al acreedor, y dispuso en su inciso 2.° esto muy significativo: '*Por lo demás, las disposiciones del presente título son aplicables a esta clase de fianza.*' Este título de referencia es el 20 que trata de la fianza, entre cuyas disposiciones se halla el artículo 502, que ordena: «El fiador que no se ha comprometido sino por un tiempo determinado, queda libre si el acreedor no persigue judicialmente la ejecución de sus derechos dentro de las cuatro semanas que siguen a la expiración de este tiempo, y si no continúa sus acciones sin interrupción notable.» El Código suizo, pues, invocado por el Tribunal para respaldar su tesis, no hace sino condenarla porque tanto el artículo que acaba de citarse como el que le sigue, son aplicables al fiador solidario, según lo dispone el inciso 2.° del artículo 946, inciso que no quiso tener en cuenta el Tribunal. Lejos de establecer identidad absoluta entre el fiador solidario y el codeudor solidario, declara en disposiciones positivas el mismo principio que habían establecido la jurisprudencia francesa y la italiana. Omite la Corte el estudio de las otras legislaciones citadas por el Tribunal para no alargar este fallo en la seguridad de que las disposiciones que se invocan no tienen más alcance que el de privar al fiador solidario de los beneficios de excusión y de división. Es entendido que, según se deja dicho, estos principios que rigen la fianza, sea simple o solidaria, dejan de aplicarse cuando a pesar de la intención recóndita de la persona que se propone caucionar u otra, toma sobre sí para mayor abundamiento y por estipulación clara, precisa e indudable, el carácter de codeudor principal solidario, respecto del acreedor. Concluye, pues, la Sala, que el hecho de haber ampliado el plazo al deudor extinguió la obligación respecto de los fiadores por no haber accedido éstos expresamente al segundo compromiso.» (Sentencia, Sala de Negocios Generales,) XXXVIII, octubre 30 de 1930.... 409, 1ª; 410, 1ª y 2ª; 411, 1ª y 2ª.

COLONO. 65—En un juicio de oposición a la adjudicación de un terreno como baldío en que prosperó la acción del opositor, acusó el recurrente la sentencia de un Tribunal como violatoria del artículo 65 del Código Fiscal, al desconocer, dijo, el derecho del demandado y reconocerlo a favor del demandante; el cultivador o colono, por el solo hecho de serlo, agregó, tiene adquirido un verdadero derecho de propiedad y el título de adjudicación que se le da después no es el que le confiere derecho de dominio, como que es apenas declarativo de la propiedad emanada de la ley misma.

.....«La interpretación del mencionado artículo 65 no es la que le asigna el autor del recurso. Cuando

Págs.

el artículo establece que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, *de acuerdo con lo dispuesto en este Código*, quiere solamente significar que el cultivo y la ocupación le dan al cultivador o colono un derecho a que se le adjudique el lote, de conformidad con el procedimiento detallado en el artículo 79 y siguientes del Código, en la Ley 85 de 1920, en la 17 de 1917, y demás concordantes. De suerte que ese derecho personal ha menester, para convertirse en derecho *in re*, el título otorgado por la autoridad competente.» (Casación, noviembre 25 de 1930) XXXVIII..... 328 1ª

COMPENSACIÓN. 66—Luis D. Arredondo inició juicio sobre rendición de cuentas contra Julio Arbeláez P., referentes a la administración de ciertos bienes en la finca de *Sangrabotija*. Presentó las cuentas el demandado, pero Arredondo las objetó diciendo que no reconocía las que le pasó Arbeláez por suministro de víveres, alegando así una compensación. Se siguió el juicio ordinario correspondiente y el Juez falló condenando a Arbeláez al pago de determinada suma de dinero a favor de Arredondo. El Tribunal de Medellín confirmó el fallo y el demandado interpuso casación acusando la sentencia de violación de los artículos 1714 y 1715 del Código Civil.

«El principio que sienta el Tribunal es que, en el caso actual, los créditos que no se opongan en compensación a los reconocidos provenientes de la administración de un negocio, deben participar de ese mismo origen y no de otro. No debe prescindirse de la calidad ni de los vínculos de derechos que existían entre Arredondo y Arbeláez: el primero era mandante; el segundo, mandatario. La obligación de un mandante es reembolsar al segundo los gastos razonables causados por la ejecución del mandato y no otros (artículos 2184 del Código Civil). La obligación de pago en este caso es derecho estricto y no puede extenderse a otras obligaciones ajenas al mandato. Como la compensación no es sino un pago recíproco y ficticio entre dos personas acreedoras y deudoras a la vez, las reglas relativas al pago efectivo le son aplicables. Este fundamento, que no es derecho abstracto, sino que se basa en el concepto de que la presente litis debe amoldarse a los límites que fueron determinados en el juicio ordinario, sobre rendición de cuentas, no ha sido acusado en casación. Pero hay otra consideración que sostiene la sentencia del Tribunal: muchas de las partidas que hace figuar el administrador acargo de su mandante, proceden de sumistro de víveres, es decir, de cuentas que, como toda factura comercial de venta, requiere la revisión y aceptación del comprador, sin lo cual su monto no es cantidad

págs.

líquida que pueda oponerse en compensación.» (Casación, XXXVIII, número 1877, marzo 28 de 1831)..... 568 1ª

CONFESIÓN. 67—Demandada la nulidad de una cláusula testamentaria que dispuso hacer varios legados a los herederos del testador para igualar a todos sus hijos, computando las cantidades que el testador aseveró haberles entregado por cuenta de su legítimas, dos de tales herederos confesaron en posiciones haber recibido de su padre varias sumas relacionadas en la cuenta corriente de éste en el Banco; uno afirmó que las partidas giradas por su padre obedecían a gastos de educación, pero que en manera alguna correspondían a su legítima; el otro declaró que no había recibido suma alguna a cuenta de legítima ni por razón de deuda a favor de su padre. La sentencia del Tribunal que confirma la de primera instancia y que declara nula la aludida cláusula testamentaria, fue acusada en casación de error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión.

«Estima la Corte, como arriba lo deja insinuado, que para apreciar si una confesión es divisible o indivisible, es preciso tener en cuenta las comprobaciones que le han precedido en el proceso. "Observad dice Pothier que cuando yo no tengo otra prueba que vuestra confesión, yo no puedo dividirla." (Tratado de las obligaciones. Número 808). Pero como lo observa Bonnier, cuya opinión acoge la Corte, no es aplicable la regla de la indivisibilidad, sino en los casos de que la parte contraria, no pudiendo alegar otra prueba que la confesión, se halla obligada a aceptar o desechar por completo la declaración en que se funda. De otra suerte sería si esta parte tuviera otros medios legales de probar su derecho, entonces la confesión calificada, y sobre todo la compleja, no tendría más que una importancia accesoria; según el sistema contrario, sería demasiado fácil paralizar los medios de prueba de la parte adversa, valiéndose de una confesión parcial, cuyo contenido estuviera prohibido modificar. Para ilustrar mejor la cuestión que queda planteada, conviene estudiar este cargo en relación con el de la violación del artículo 1256 del Código Civil, formulado por los mismos recurrentes, doctores Ferrero y Ruiz Manrique: Dice el primero de éstos: 'De otro lado, y por consecuencia del mismo error apuntado, la sentencia infringió también el artículo 1256 del Código Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito. Esa disposición hace imputables a la legítima todos los legados y donaciones hechos a un legitimario que tenía entonces la calidad de tal. Por haber admitido el Tribunal, sin prueba de parte de don Hernando y don Carlos Valenzuela, que las sumas entregadas al primero por su padre lo fueron como remuneración y gastos de administración de

Págs.

á de *Santa Elena*, y que las
por el segundo le fueron
para gastos de educación, que-
on tales sumas fuera de la impu-
ación ordenada por el aludido ar-
tículo 1256, y ordenada también por el testador. Si se hubiera estimado, como debía estimarse que era de cargo de los señores Valenzuelas dar la prueba de las modificaciones que añadieron a sus confesiones (prueba que no fue presentada por ellos), las sumas que recibieron de su padre aparecerían con el carácter que efectivamente tienen, que es el de liberalidades o anticipaciones del padre a favor de sus hijos, imputables a la legítima de éstos conforme el artículo 1256 del Código Civil, por la sentencia.' Pues bien: ya que se ha visto que el Tribunal reconoce y confirma en el fallo recurrido los siguientes hechos: que en la segunda instancia se practicó una inspección ocular en los libros del Banco de Colombia, correspondientes a la cuenta corriente que en dicho Banco llevó el testador, don Julio Valenzuela, y 'que en ellos se tomó razón de todos los cheques girados por don Julio a favor de don Hernando, y que fueron pagados por dicho Banco, acreditando de esta manera, con exactitud, el extracto que sobre la misma materia obra en autos como presentado en la primera instancia; que con las pruebas que fueron aducidas en la segunda instancia, sí se acreditó la entrega por parte de don Julio Valenzuela, el testador, a don Hernando y don Carlos, de sumas mayores a las que él expresa en su memoria testamentaria' y 'que se halla demostrado en autos, como ya se dijo, que por lo que respecta a don Carlos Valenzuela, recibió varias sumas de dinero que su padre imputó a su legítima.' La comprobación de los hechos a que el Tribunal se refiere en esos pasos de la sentencia, pone a don Carlos y a don Hernando Valenzuela en la obligación de probar que su padre les debía esas sumas de dinero, y en las de restituír dichas sumas, al no poder comprobar que su padre se las debía, según lo estatuído en el artículo 2318 del Código Civil; y al efecto debe tenerse presente que, como se ha visto, don Hernando, en las posiciones que absolvió en la primera instancia del juicio, negó haber recibido de su padre el señor Julio Valenzuela, en varias partidas, los veintiocho mil pesos oro que el testador declara haberle dado al absolvente, y que don Carlos, interrogado en la misma forma, en relación con los quince mil pesos de que habla el testador, no dió una respuesta categorica al decir: 'No es cierto; yo no recibí suma alguna de mi padre, ni a título de deuda ni a cuenta de mi legítima.' El artículo 1256 del Código Civil establece una regla general y dos excepciones a esa regla. La regla es ésta: 'Todos los legados, todas las donaciones sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario que tenía entonces calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o donación ha sido a título de mejora.' La primera de las excepciones a esa regla, dice: 'Sin embargo, los gastos hechos para la educación de un descendiente no se tomarán en cuenta para la computación de las legítimas, ni de la cuarta de mejoras, ni de la cuarta de libre disposición aunque se hayan hecho con calidad de imputables,' y la segunda excepción está concebida en estos términos: 'Tampoco se tomarán en cuenta para dichas imputaciones, los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio ni otros regalos de costumbre.' Así, pues, comprobado como está en el expediente, que don Julio Valenzuela sí entregó a sus hijos don Hernando y don Carlos las cantidades de dinero expresadas en su memoria testamentaria, y disponiendo, como dispone el testador, que de esas sumas se imputen veintiocho mil pesos a la legítima de don Hernando, y quince mil pesos a la legítima de don Carlos, para infirmar esta disposición del testador sería preciso que se hubiera demostrado que esas sumas fueron entregadas en pago de deudas, como lo afirma don Hernando, o que lo fueron para gastos de educación, como lo afirma don Carlos; circunstancias éstas que constituyen verdaderas excepciones. Pero don Hernando, quien afirma que esas sumas le fueron dadas en pago de honorarios como administrador de la finca de *Santa Elena* y para gastos de administración de la misma, ni siquiera ha comprobado que tuviera a su cargo la administración de dicha finca; y en cuanto a don Carlos, quien tampoco ha comprobado nada que justifique su afirmación, pudiera decirse que tiene a su favor la presunción que se deduce de los artículos 257 y 258 del Código Civil que imponen al padre sobreviviente la obligación de atender a los gastos de educación de sus hijos legítimos, pero como esa presunción sólo puede establecerse a favor de los hijos de familia y a folio 4 vuelto, cuaderno número 1º, figura la partida de bautismo de don Carlos Valenzuela, presentada por la parte demandada con lo cual se acredita que este señor salió de la patria

Págs.

potestad por haber llegado a la mayor edad el treinta de agosto de mil ochocientos noventa y siete, no es posible admitir, sin la prueba correspondiente, que de esa fecha en adelante siguieran corriendo por cuenta de don Julio Valenzuela los gastos de educación de su hijo Carlos, contra la expresa voluntad manifestada por el testador, en su memoria testamentaria, de cargarle a la cuenta de su hijo Carlos las sumas que éste dice haber recibido para gastos de educación. Resulta, pues, que, independientemente de la prueba de confesión, está plenamente comprobado en el juicio el hecho principal sobre el cual fueron interrogados en posiciones don Carlos y don Hernando, esto es, que recibieron de su padre, don Julio Valenzuela, las cantidades que éste dice haberles entregado, y que posteriormente, al hacer su memoria testamentaria, les imputó a sus legítimas. La plena comprobación de ese hecho no puede quedar infirmada por simples afirmaciones, que para enervar sus efectos jurídicos, haga la parte a quien él perjudique. En casos como el que aquí se estudia, la confesión no tiene la importancia que tendría cuando es ella prueba única de los hechos sobre que versa el interrogatorio, pues comprobados esos hechos por otros medios, las adiciones o modificaciones que introduzca el demandado o absolvente, deben ser comprobadas. Por estas razones la Corte estima fundados los cargos de error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión, y de violación de los artículos 1256 del Código Civil y 542 y 543 del Código Judicial y que es, por lo tanto, casable la sentencia.» (Casación, diciembre 2 de 1930, XXXVIII..... 347, 1ª y 2ª y 348, 1ª

CONFESIÓN 68—Es prueba completa de la existencia de una deuda, pero no sirve para ratificar o revalidar la hipoteca con que se aseguró el crédito.

Al contestar la demanda de tercería coadyuvante propuesta por Enrique Posada C., en el juicio ejecutivo que ante el Juez 2.° del Circuito de Medellín inició la sociedad anónima Cervecería Antioqueña Consolidada contra la Fábrica Nacional de Vidrios, también sociedad anónima, el Gerente de ésta confesó la existencia de la deuda por parte de la sociedad que representaba. Por haber desechado el Tribunal la confesión, la Corte casó la sentencia proferida porque estimó que había violado el Tribunal el artículo 575 del Código Judicial vigente entonces, (1) y agregó.»

«Pero la misma confesión no es admisible para ratificar o revalidar la hipoteca con que se aseguraron esos créditos, porque siendo solemne el contrato de hipoteca, debía revalidarse o ratificarse con las mismas solemnidades de su constitución conforme al artículo 1753 del Código Civil, y no por simple confesión del representante de la sociedad, señor Barreneche.» (1). (Casación, junio 27 de 1930) XXXVIII..... 44,

CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL. 69—La confesión extrajudicial (2) rendida ante la parte contraria y ante testigos, conforme al artículo 562 del Código Judicial, de no haberse pagado el precio en un contrato de compraventa, es motivo para pronunciar su resolución. (Casación, 31 de julio de 1930) XXXVIII.. 52, 1ª y 2ª

— FICTA PARA DECLARAR LA RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. 70—Se tachó de error de derecho la sentencia de un Tribunal en que declaró resuelto un contrato de compraventa en virtud de la confesión ficta de la parte demandada de no haber pagado el precio de compra de los bienes vendidos, prueba que consistió en la declaración de confesa en unas posiciones que extrajudicialmente le pidió el futuro actor en el juicio ordinario de resolución. Estimó el recurrente que las disposiciones de los artículos 34 de la Ley 169 de 1896, 46 y 47 de la Ley 40 de 1907, aplicables para juicios ejecutivos, no debían tenerse en cuenta en el juicio ordinario, donde han existido dos términos para presentar pruebas y donde se encuentran las posiciones absueltas por la demandada, dentro del juicio, en las cuales negó los hechos en que se la declaró confesa.

«Considera la Corte que desde la vigencia del artículo 34 de la Ley 169 de 1896, en que se le dio fuerza de confesión judicial a la que se haga al absolver posiciones fuera de juicio, la no comparecencia a absolverlas a la hora y en el lugar designado para ello, acarrea para la parte remisa la sanción de que se le declare confesa y de que tal declaración se tenga como plena prueba respecto de los hechos sobre que versan las posiciones. Así lo ha expuesto esta Corte en varias decisiones, entre otras, en la sentencia de veintinueve de octubre de mil novecientos diez (*Gaceta Judicial*, tomo 19 página 131), en que dijo: 'Para la Corte vale tanto la prueba de hechos directamente confesados en la absolución de las posiciones, como la prueba de hechos indirectamente confesados por una persona no concurriendo a la absolución de posiciones el día y a la hora que se le señalaron. Parece que el señor apoderado del recurrente pone toda la fuerza de su argumentación en que las posiciones a Hinestrosa se pidieron *fuera de juicio*; en que, por lo

(1) Artículo 604 y siguientes del nuevo Código Judicial.

(1) Véase artículo 2434 del Código Civil,

(2) Artículo 608 del nuevo Código Judicial.

Págs.

mismo, constituyen una confesión extrajudicial, conforme al artículo 561 del Código del ramo, y en que la confesión extrajudicial no produce plena prueba, según el artículo 562 de la misma obra. Estas consideraciones pierden toda su eficacia desde que se para mientes en que el artículo 34 de la Ley 169 de 1896, posterior a los citados, dijo esto: 'La confesión que se haga al absolver posiciones *fuera de juicio*, ante Juez competente, tiene la fuerza de confesión judicial'. Doce años después repitió la Corte esta doctrina, en sentencia de veintiuno de marzo de mil novecientos veintidós, *Gaceta Judicial*, tomo 29, página 120, columna 3ª, en la cual expuso: 'De suerte, pues, que el Tribunal, acogiendo las ideas de la Corte, lo que dijo fue que la confesión de De la Cruz, por la declaratoria de confeso, tenía la fuerza de una confesión judicial, lo que es perfectamente jurídico, según terminante disposición del artículo 34 de la Ley 169 de 1896, teniendo en cuenta que en todo caso en que sea legal pedir posiciones, bien sea en juicio o fuera de él, vale tanto la declaratoria de confeso a que ha precedido citación personal del absolvente, como la confesión expresa del mismo.' (*Jurisprudencia*, número 3269).... Aunque el recurrente no dice qué disposición es la violada por haber tenido en cuenta el Tribunal la declaración de confeso que recayó sobre las posiciones absueltas extrajuicio, no obstante que las mismas posiciones fueron presentadas y absueltas durante la causa, no huelga observar que en las últimas no hubo confesión; pues la señorita Arias M. negó todos los hechos sobre los cuales versaron las prrguntas y por tanto, no es el caso de decidir entre dos confesiones.» (1) (2) (Casación, octubre 8 de 1930), XXXVIII.... 134 1ª y 2ª

CONSULTA. 71—Se consultó con la Corte la sentencia o auto por el cual se fijó en una suma determinada el valor de la zona de propiedad de un Municipio que fue expropiada para un ferrocarril de la Nación, y que ésta debía pagar.

Declaró la Corte que ese auto no era consultable:

«En el caso que contempla el auto apelado, ninguna obligación se le ha impuesto a la Nación, pues lejos de haber sido condenada, ella obtuvo lo que se proponía en la demanda de expropiación que promovió para obtener la faja de terreno a que se alude. Es cierto que debe pagar al Municipio de El Guamo la suma de cuatro mil pesos, como compensación de la cosa que recibe; pero esto, como es obvio, no significa prestación que provenga de sentencia condenatoria, sino, simplemente, el medio de hacer efectivo el derecho que adquirió. (Sentencia, septiembre 17 de 1930) (1) 272, 1ª

CONTRABANDO. 72—Acción de arresto y acción de decomiso.

Desde el momento mismo en que se descubre un contrabando pesan sobre el contrabandista dos acciones perfectamente diferentes y cada una con su vida y naturaleza propia, a saber: La acción del arresto estrictamente penal, que se ejercita en un cierto lapso y respecto de la cual cabe predicarse que prescribe; y la acción del decomiso, que asume un carácter mixto, pues es fiscal o administrativa, por cuanto por ella el Estado se indemniza del impuesto que deja de percibir por razón del mismo contrabando, y penal, por cuanto puede entrañar una sanción, pudiendo extenderse a más del valor de dicho impuesto, como que comprende el de los objetos aprehendidos que puede ser superior a aquél. Esta última acción se ejercita en un sólo instante, en el momento mismo de descubrirse los objetos, si bien su eficacia final puede depender del resultado condenatorio o absolutorio de la penal. Siendo, pues, estas dos acciones diferentes, no se las puede confundir, como pretende el demandante, para sostener que habiendo prescrito la acción penal, debe prescribir necesariamente la acción de decomiso.» (2) (Sentencia, Sala de Negocios Generales, agosto 4 de 1930) XXXVIII..... .... 198, 2ª

— 73—Se quejaba el dueño de una goleta de que se le había decomisado por el Juez de Rentas del Atlántico por el solo hecho de haber sido sorprendido en ella un contrabando en el cual no había tenido parte el dueño de la nave.

«De conformidad con el artículo 139 de la Ley 85 de 1915:

'Las caballerías, buques, embarcaciones menores, y todo otro vehículo o efecto, fuera de los que constituyen el contrabando, serán decomisados y puestos en remate, pues de derecho se presume que ellos hacen parte del contrabando. A los terceros que se

(1) Artículo 604 y siguientes del nuevo Código Judicial.

(2) Desacorde con esta doctrina está la del número 783 del tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte.» Modifica en parte esta doctina la del número 791 del mismo tomo. Concordancias número 1082 tomo 1º Desacorde la del número 3024, id. Concordancias número 3269, id., 795 y 3046 del tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.» Abandonó, pues, la Corte su primitiva doctrina.

(1) Doctrina similar se ve en el número 853, tomo III de la *Jurisprudencia de la Corte*. Artículos 35 de la Ley 100 de 1892 y 30 de la Ley 169 de 1896. Artículo 508 de la Ley 105 de 1931.

(2) Véase la Ley 85 de 1915, que reemplazó el Decreto legislativo número 44 de 1905

Págs.

digan dueños de los vehículos o efectos expresados, les quedará a salvo su derecho para repetir contra los autores, cómplices y encubridores del delito, caso de que no les fuere imputable participación alguna en la comisión de éste.» (Sentencia, Sala de Negocios Generales, agosto 2 de 1930) XXXVIII 195, 2ª

COSA JUZGADA. 74—Recurrió en casación un ejecutante contra la sentencia de prelación de créditos de un Tribunal, confirmatoria de la de primera instancia, alegando violación del artículo 831 del Código Judicial (1), por cuanto en la ejecución que el recurrente adelantó como ejecutante en mil novecientos doce para cobrar la misma suma que después cobró en juicio ejecutivo, la misma tercerista del juicio posterior había propuesto tercería coadyuvante para cobrar la misma suma, fundándose en el mismo título en que después fundó su nueva tercería, contra el mismo ejecutado. Creyó el ejecutante recurrente que con el reconocimiento de la excepción de cosa juzgada que alegó y que negó el Tribunal, haría variar la posición de su crédito. La Corte, al fallar en instancia reconociendo la excepción alegada y el error de hecho imputado al Tribunal al apreciar las pruebas, casa la sentencia de éste, y dice:

«Ya se dijo atrás que ni el ejecutado ni la tercerista apelaron de la sentencia, sino que expresamente la consintieron. El ejecutante sí apeló del fallo limitándose a comprobar la excepción de cosa juzgada, creyendo sin duda que al hacerse este reconocimiento por el juzgador respecto de la demanda de tercería, variaba la posición del crédito del mismo ejecutante, lo que es inadmisible, dada la existencia de la cosa juzgada que se alegó y comprobó. Por consiguiente, la Corte sólo puede reconocer que está probada dicha excepción, y que las partes quedan en la situación en que se encontraban cuando se promovió el presente juicio.» (Casación, noviembre 29 de 1930) XXXVIII..... 331, 2ª

— EN MATERIA PENAL. 75—Cierto individuo fue condenado como autor de un asesinato a la pena de veinte años de presidio. En el recurso de casación hizo valer el recurrente la primera causal reconocida por la Ley 78 de 1923, y alegó que habiendo dicho la sentencia del Tribunal, en su parte resolutiva, que la pena de veinte años, impuesta por el asesinato, era fija y sin rebaja alguna, fue tanto como impedir que favoreciese al acusado cualquier rebaja que después decretase el Congreso, el cual tenía y tiene facultad para derogar el artículo 3.° de la Ley 54 de 1913, y que esa sentencia, al quedar ejecutoriada, no se puede reformar y funda la autoridad de cosa juzgada.

Dijo la Corte:

«Los temores que manifiesta el recurrente de verse privado, en virtud de tal declaración, de las posibles rebajas futuras, como lo anota el señor Procurador, son totalmente infundados. En materia penal, la fuerza de la cosa juzgada no es tan severa como en materia civil; su valor es relativo, en el sentido de que puede venir una revisión del proceso, o puede una ley venir a disminuír la pena para determinados delitos o aun quitarles el carácter de tales, ley que tendría efecto retroactivo, y beneficiaría aun a los condenados anteriormente en virtud de sentencias ejecutoriadas, principio consagrado en el artículo 26 de la Constitución, cuando dice: 'En materia criminal la ley permisiva o favorable, cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.' De suerte que, a pesar de cualquier declaración que en sentido contrario contenga una sentencia, por más ejecutoriada que esté, la Constitución y la misma ley se encargan de hacer prevalecer en todo caso el estado mas favorable para los acusados y condenados. No quiere decir lo anterior que el Tribunal hubiera procedido incorrectamente al hacer la declaración de que se viene hablando, pues esa entidad no hizo sino repetir lo que prescribía el mencionado artículo 3.° de la Ley 54 de 1913.» (Casación, febrero 21 de 1931) XXXVIII. ..... 469 1ª y 2ª.

CUENTAS ADICIONALES DE LOS ADMINISTRADORES DE ADUANA. 76—Apelada una sentencia de Tribunal ante la Sala de Negocios Generales de la Corte en un juicio contra la Nación sobre devolución de una suma de dinero como indebidamente pagada, alegó el apelante que las disposiciones de los artículos 88 de la Ley 85 de 1915 y 19 de la Ley 59 de 1917 no eran aplicables al caso de autos, entre otras razones, porque según el artículo 80 de la Ley 42 de 1923, la Contraloría debía estudiar, observar y fenecer las cuentas de los responsables del Erario en un término que no debe exceder de noventa días; que se probó que la cuenta de la administración de aduanas de Cartagena fue recibida en la Contraloría el veinticuatro de noviembre de mil novecientos veinticinco, y la observación fue hecha el seis de julio de mil novecientos veintiséis; que, por consiguiente, el cobro adicional fue indebido por haberse fundado en observaciones de la Contraloría hechas fuera del término fijado por el artículo 80, y que «tan cierto es esto, dijo el actor, que el artículo 8.° de la Ley 103 de 1928, que en rigor jurídico es una disposición *interpretativa* del artículo 80 de la Ley 42 de 1923, establece que el Contralor sólo podrá modificar las liquidaciones de las aduanas y ordenar, por este concepto, devoluciones o reintegros, dentro del término que señala el artículo 80 de la Ley 42 de 1923, para la observación o el fenecimiento de cuentas.»

Dice la Corte: « ...De las disposiciones de los artículos 88 de la Ley 85 de 1915, reformado expresamente por la del artículo 8º de la Ley 103 de 1928, sólo en lo relativo al término dentro del cual puede el Contralor

(1) Hoy artículos 473 3 y 474 de la Ley 105 de 1931.

Págs.

General de la Republica modificar las liquidaciones de las aduanas, y ordenar, por este concepto, devoluciones o reintegros; y de la disposición del artículo 19 de la Ley 59 de 1917 y de la del artículo 11 de la Ley 113 de 1919, se concluye que el legislador contempla dos casos en los cuales los administradores de las aduanas deben pasar cuentas adicionales a los importadores de mercancías extranjeras, para corregir los errores en que hubieren incurrido al formular las cuentas por el impuesto respectivo, a saber: *a*) Antes de rendir la cuenta mensual correspondiente a la entidad encargada de examinarla, y *b*) Cuando tal entidad encargada de examinar dichas cuentas se lo ordene, al fenecerles la cuenta mensual provisionalmente, y por haber observado errores en contra del Estado o de los comerciantes importadores. En la reclamación de devolución de que aquí se trata, el cobro se hizo a virtud de liquidación hecha por la Contraloría y por errores observados al examinar la cuenta mensual del empleado responsable correspondiente al mes de septiembre de mil novecientos veinticinco, y según el aviso oficial número.....Se trata, pues, del segundo caso, en que según jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema hay derecho para hacer el cobro por la diferencia en que se ha incurrido en contra de los intereses del Estado. Y como la base principal para desconocer este derecho, según el actor, estriba en la disposición del artículo 80 de la Ley 42 de 1923, que fija término dentro del cual debe la Contraloría verificar el examen de las cuentas, esto, es dentro de noventa días, es preciso advertir que esta disposición en manera alguna desconoce el derecho del Estado, porque la observación de los errores no se hubiera hecho dentro del término para examinar la cuenta del responsable, sino que impone solamente la obligación de realizar dicho examen dentro del tiempo allí indicado, sin otra consecuencia que la responsabilidad consiguiente en el caso de que se incurra en mora en el cumplimiento de esa obligación legal. Y aunque se arguya que el artículo 8º de la Ley 103 de 1928 es interpretativo de aquella disposición, debe observarse que dicho artículo modifica en sus consecuencias jurídicas lo dispuesto por el artículo 88 de la Ley 85 de 1915, porque limita el derecho que esta última disposición consagra, haciendo depender de la oportunidad en que el examen de las cuentas debe hacerse; y por eso debe considerarse que esa disposición, antes que interpretativa es reformatoria, y como posterior que es al hecho de que aquí se trata, es inaplicable, por carecer de efecto retroactivo sobre él.» (Sentencia, septiembre 26 de 1930), XXXVIII..... 398, 1ª y 2ª

Págs.

CUERPO DEL DELITO. 77—Un hombre mató a su mujer legítima, por lo cual fue condenado así por el Juez de la causa como por el Tribunal a la pena de veinte años de presidio y a sus accesorias; pero sucedió que el hecho del matrimonio no se comprobó con la partida correspondiente y que la prueba supletoria que trató de levantarse para ese fin no fue aducida con las formalidades legales, por lo cual no quedó comprobado en debida forma el matrimonio. Aunque se tachó la sentencia por la segunda causal y se alegó la nulidad del juicio por no haber existido motivo legal para el enjuiciamiento y condenación por uxoricidio, prosperó la primera causal invocada conforme al artículo 3.° de la Ley 78 de 1923.

«La existencia del cuerpo del delito, dice el artículo 1512 del Código Judicial, es el fundamento de todo juicio criminal. 'Se entiende por *cuerpo del delito* un hecho criminoso y punible, según las leyes.' Y a su vez el artículo 24 de la Ley 104 de 1922 se expresa así: 'Los elementos constitutivos del delito, señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito.' Por consiguiente todo lo que diga relación al cuerpo del delito, debe provenir del mérito de las pruebas agregadas al informativo, debidamente analizadas y valoradas por el Juez, para establecer la existencia del hecho punible como entidad jurídica. De tal suerte que las pruebas que se presenten sobre el hecho especificamente considerado y en casos como el de que aquí se trata, deben tener la fuerza de la plenitud que para enjuiciar exige la ley..... No estando, pues, jurídicamente establecida esa circunstancia del matrimonio, siquiera sea por los medios generales de prueba, no hubo base para condenar por el delito de parricidio, desde luego que la mera confesión del procesado respecto al vínculo, de la cual se retractó después, no sirve para sustentar la condenación, al tenor del artículo 1660 del Código Judicial, por no estar acreditado por otros medios el cuerpo del delito de uxoricidio, específicamente considerado.» (Casación, marzo 27 de 1931, XXXVIII..... 477, 1ª y 2ª

CULPA CIVIL. 78—Véase la doctrina contenida bajo el título «Mala fé.»

— LATA. DOLO. 79—Se acusó una sentencia de violación directa del artículo 63 del Código Civil, que define esa especie de culpa, porque consideró el autor del recurso que hubo inmensa falta de prudencia y mucha negligencia por parte de la persona jurídica demandada, al no estudiar el Tribunal la situación creada por la venta hecha antes por ella

Págs.

misma (caso de venta a dos personas), al no releer la escritura por medio de la cual perfeccionó esa venta, para que hubiera podido enterarse de que había enajenado todo el frente de su finca y al no advertir lo sucedido al comprador que entró en la segunda negociación. Esa culpa, dice el recurrente, significa intención de inferir injuria a la persona del comprador, a la propiedad de éste, o equivale a esa intención y constituye, por tanto, mala fe.

«Se dice que las razones aducidas por el Tribunal sirven para contestar este cargo, porque los títulos no eran claros, hasta el punto de que hubo necesidad de interpretar uno de ellos para llegar a la conclusión de que la reserva de la Orden Tercera sobre la carretera del Norte se refería únicamente a los diez y seis metros. El Tribunal dice: ....'La manera como los linderos de los lotes vendidos se expresaron en las escrituras de venta, sobre todo en la primera, fue bastante, equívoca, u oscura cuando menos.» (Casación, noviembre 5 de 1930), XXXVIII..... 247, 2ª

CULTIVO U OCUPACIÓN DE BALDIOS. 80—Sostuvo un recurrente en casación contra una sentencia de Tribunal que el cultivador o colono, por el solo hecho de serlo, tiene adquirido un derecho de propiedad sobre el terreno que ha cultivado u ocupado y que el título de adjudicación que se le da después no es el que le confiere derecho de dominio, como que es apenas declarativo de la propiedad emanada de la misma ley.

.....«La interpretación del mencionado artículo 65 (del Código Fiscal) no es la que le asigna el autor del recurso. Cuando el artículo 65 establece que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, *de acuerdo con lo dispuesto en este Código*, quiere solamente significar que el cultivo y la ocupación le dan al cultivador o colono un derecho a que se le adjudique el lote, de conformidad con el procedimiento detallado en el artículo 79 y siguientes del Código, en la Ley 85 de 1920, en la 17 de 1917, y demás concordantes. De suerte que ese derecho personal ha menester, para convertirse en derecho *in re*, el título otorgado por la autoridad competente.» (Casación, noviembre 25 de 1930), XXXVIII..... 328, 1ª

...

D

DECLARACIÓN DE HEREDERO 81—Unos individuos fueron reconocidos herederos en el juicio sobre reforma del testamento de N. que entabló el cesionario de aquéllos para que se reconociese a sus cedentes el carácter de legitimarios. Los demandados alegaron en el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal que reconoció a aquellos tal condición de legitimarios, que no habían sido previamente declarados herederos los pretendidos legitimarios.

« ...No es preciso para instaurar la acción de reforma de un testamento, como lo pretende el autor del recurso, que previamente se haya hecho la declaración judicial de herederos, ya que la prueba sustancial del derecho a una herencia intestada es la de los nexos de familia, establecidos por los medios que determina la ley (1) (Casación, febrero 18 de 1931). 443, 2ª

DECLARACIÓN DE HEREDERO. FE EN JUICIO DE ESTA DECLARACIÓN 82—Se objetaba que un Tribunal había aceptado como prueba del carácter de heredero de una persona el auto del Juzgado de Circuito en que se la declaraba como tal, pero sin que hubiese constancia de las notificaciones de dicho auto, ni copia del auto de ejecutoria de esa providencia o siquiera un certificado de que se ejecutorió.

La Corte observa:

«Para que haga fe en juicio el auto en que se hace una declaración de heredero, no ha establecido la ley condiciones especiales, como por ejemplo, la requerida para que una sentencia preste mérito ejecutivo. Para ello basta que la prueba se produzca con arreglo a lo preceptuado en los artículos 679 y 686 del Código Judicial, según lo establece el artículo 681 ibídem. Si la parte a quien tal prueba perjudica no demuestra que el referido auto no está ejecutoriado o que ha sido revocado, o lo que es más, si como en el caso de autos, en el curso del juicio no se ha planteado esa cuestión, ni se ha objetado la personería de quien comparece haciendo valer el carácter de heredero que acredita con esa prueba, no puede acusarse por error de derecho en la apreciación de ella el fallo del Tribunal que en ello se ajusta a las normas legales aquí citadas (2). (Casación, agosto 23 de 1930), tomo XXXVIII..... 68, 2ª

— DE NULIDAD DE LA ELECCIÓN DE UN CONCEJERO. 83—«Aunque es verdad que el ordinal 2º del artículo 74 del Código Penal (Ley 19 de 1890), atribuye a la Corte Suprema la declaración de nulidad de la elección cuando el elegido ha sido inhabilitado por sentencia judicial para ejercer empleo público, y se trata de empleos de elección popular, dicho texto legal ha sido modificado por disposiciones posteriores, tales como los artículos 38, inciso *c*) de la Ley 130 de 1913 y 189 de la Ley 85 de 1916, disposiciones éstas que han atribuído a los Tribunales de lo Contencioso Administra-

(1) Concordancia: número 1842, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) Véanse los artículos 630 y siguientes del nuevo Código Judicial.

Págs.

tivo el conocimiento de las demandas de nulidad de las votaciones y actas de escrutinio de los Jurados de Votación, Jurados y Juntas Electorales, aun cuando la causal alegada sea la de inhabilitación o impedimento para ser elegido, como aparece claramente del artículo 183 de la Ley 85 citada, en relación con el 189 de la misma ley. (Auto, julio 7 de 1930), XXXVIII. 79 y 80, 2ª y 1ª

DECOMISO DE UNA NAVE. 84—Se quejaba el dueño de una goleta que se le había decomisado por el Juez de Rentas del Atlántico por el solo hecho de haber sido sorprendido en ella un contrabando en el cual no había tenido participación, con lo cual se violó el artículo de la Constitución que dice que «en tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo o en parte, sino por pena o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes.»

La Sala de Negocios Generales de la Corte, al sentar, de acuerdo con el artículo 139 de la Ley 85 de 1915, que la pena de decomiso en tal caso está impetrada por la citada disposición legal, dice así en lo relacionado con la supuesta violación del artículo 5.º del Acto legislativo número 3 de 1910:

«El orden que liga a los hombres en sociedad obliga no solamente a no perjudicar a los demás con nuestras propias acciones, sino también a ejercer vigilancia sobre las personas, sobre los animales y sobre las cosas que dependen de nosotros, y a ser prudentes en la elección de aquellos de quienes queremos servirnos, a fin de que tales personas, animales o cosas no lleguen a ser causa de daño para los demás, ya que uno de los mandatos más imperativos del orden jurídico es el de *neminem laedere*. La falta de vigilancia o la mala elección cuando de ellas puede originarse perjuicio a terceros, son verdaderas culpas, pues constituyen otras tantas omisiones en el cumplimiento de los deberes que impone la conveniencia social. Y aun cuando la responsabilidad que de ello se desprende se denomina comúnmente en el lenguaje jurídico responsabilidad de hecho ajeno, si bien se medita el asunto se advierte fácilmente que hay en estos casos, como lo anotan los expositores de Derecho, una verdadera responsabilidad de hecho propio por culpa *in vigilando*, o por culpa *in eligendo*. Cuando la dependencia es legal, como en el caso del pupilo respecto del tutor o curador, o del hijo de familia respecto del padre, tiene lugar la obligación de vigilancia solamente, y la presunción de culpa puede ser destruída por la prueba en contrario, o sea por la de haberse ejercido la debida vigilancia. Mas cuando la dependencia es voluntaria, o sea cuando hay libertad en la designación de la persona que debe desempeñar determinadas funciones, media además la culpa *in eligendo* y no se admite por punto general la prueba liberatoria de no haberse podido impedir. La responsabilidad legal por hecho no propio está fundada, pues, en una presunción legal de culpa *in vigilando* o de culpa *in eligendo*. Y esa responsabilidad se resuelve en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados con el hecho dañoso, por cuanto encontrándose en tales circunstancias enfrentados dos derechos, el de la persona que ha sido lesionada en sus intereses y el de la que ha dado lugar al daño por su culpa *in eligendo* o *in vigilando*, no sería justo que la primera tuviera que sufrir las consecuencias del hecho que ha tenido por causa esa mala elección o esa falta de vigilancia. Dando aplicación en el caso actual a los anteriores principios, los cuales constituyen hoy la doctrina jurídica en materia de responsabilidad civil por hecho no propio, se tiene que apareciendo comprobado en los autos que el señor Frederick W. Robinson es propietario de la nave *Jessie Nell*, la circunstancia de no estar acreditado que el nombrado Robinson hubiera tenido participación en la perpetración del delito de contrabando, si bien lo exime de responsabilidad penal, no le liberta de la responsabilidad civil que le acarrea el hecho de sus subordinados en el manejo de la nave al introducir al país mercaderías sin el pago de los correspondientes derechos de importación. Media aquí no solamente la culpa proveniente de falta de vigilancia sobre dichos subordinados para evitar que la embarcación se empleara en causar daño a los intereses del Fisco, sino la culpa *in eligendo*, por la mala escogencia de aquéllos, culpa que, según se ha visto, no admite prueba en contrario. Esto último hace ver que se halla en un todo ajustada al rigor de los principios la presunción de derecho establecida en el artículo 139 de la Ley 85 de 1915, de que las caballerías, buques, embarcaciones menores y todo otro vehículo en el contrabando, hacen parte de éste. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, agosto 2 de 1930), XXXVIII. 196, 1ª y 2ª

DECRETO ACUSADO. 85—Cuando un decreto acusado de inconstitucionalidad se funda en una ley que en lo pertinente no ha sido acusada, la Corte no puede estudiar lo relativo a la inexequibilidad (1)). (Sentencia, septiembre 22 de 1930 XXXVIII..... 238, (1ª).

— El acusador de los artículos 1.º y 2.º del decreto número 2082 de 26 de noviembre de 1931, por el cual se reglamentó el artículo

(1) Igual doctrina sienta la Corte en otros fallos, como puede verse en la *Gaceta Judicial*, tomo XXII, 151, 2ª),

Págs.

1.° de la Ley 105 de 1931, y se suprimieron los Juzgados de Prensa y Orden Público, se basó, entre otras consideraciones, en que los aludidos artículos del decreto eran violatorios de los artículos 57, 58 y 76 de la Constitución Nacional.

«El artículo 57 de la Constitución consagra la limitación de los Poderes Públicos, y declara que ellos ejercen separadamente sus funciones. Cree el demandante que este precepto fue violado por el decreto que acusa, en el concepto de que el Presidente de la República invadió el campo del legislador y dictó disposiciones que sólo éste podía dictar para derogar una ley vigente. Como se ve, el acusador parte de un concepto falso, según lo declara también el señor Procurador General de la Nación, cuando considera que el decreto vino a derogar tácitamente la Ley 69 de 1928, que creó los Juzgados de Prensa y Orden Público; concepto que es erróneo, como pasa a demostrarse: 'La Ley 69 de 1928, creó los Jueces de Prensa y Orden Público—dice el señor Procurador General de la Nación en su vista—como funcionarios que vinieron a quedar incorporados en el Poder Judicial. Por consiguiente, esa Ley les confirió a dichos Jueces la facultad de administrar justicia de un modo permanente, pero limitada al ramo especial de los negocios de prensa y orden público. Esto tuvo lugar en un momento en que se creyó necesaria la extracción de aquellos negocios de la competencia de los Jueces ordinarios para entregarlos a una jurisdicción especial. Como antes de que fuera dictada la Ley 69, los Jueces de Prensa y Orden Público no existían, tampoco figuraban entre los encargados de administrar justicia de un modo permanente, que había designado el artículo 1º de la Ley 100 de 1892, dictado en reemplazo del artículo 1º del Código de Organización Judicial. Al dictarse aquella ley, y ser creados por virtud de ella tales Jueces, éstos vinieron a quedar incorporados entre los encargados de administrar justicia, y, por consiguiente, fue adicionado el artículo 1º de la Ley 100 de 1892. Vino ahora la Ley 105 de 1931, y reglamentó íntegramente la materia de la organización judicial. Pero al designar los encargados de administrar justicia, de un modo permanente, no incluyó entre ellos a los Jueces de Prensa y Orden Público. De esta manera estos Jueces vinieron a quedar sin facultad de administrar justicia, puesto que si la ley nueva, al reglamentar la materia, dijo que 'la administración de justicia se ejerce de un modo permanente por los Tribunales ordinarios, que son: la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores y de Circuito, los Jueces Municipales y los Jueces de Menores,' y no incluyó los de Prensa y Orden Público que, como estos últimos, fueron creados por ley especial, es jurídicamente indiscutible que les negó esa facultad y dejó insubsistente el artículo 3º de la Ley 69 de 1928, en lo que respecta a su creación.' Careciendo de aquella facultad, por la voluntad así manifestada del legislador suprimida quedó la institución de los Juzgados de Prensa y Orden Público; pues mal podían seguir funcionando sin la facultad de administrar justicia, que era el objeto y fin de su creación.' Ahora bien; como el artículo 110 de la Ley 105 de 1931, ordinal 5.°, atribuyó a los Jueces de Circuito el conocimiento en primera instancia de los asuntos de carácter criminal, y de modo general cuando su conocimiento no esté atribuído a otra autoridad, debe aplicarse a esta ley y no al decreto acusado, el cambio de los funcionarios competentes para conocer de los delitos cuyo conocimiento estaba asignado antes a los Jueces de Prensa y Orden Público. Y como, precisamente el artículo 76 de la Carta Fundamental, que se dice violado, autoriza al Congreso para hacer las leyes, y mediante ellas puede interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes; y si fue el Congreso quien mediante la Ley 105 de 1931, suprimió los jueces de Prensa y Orden Público, y atribuyó a los Jueces del Circuito el conocimiento de los delitos que quedaron sin Juez competente por virtud de la supresión, hay que concluír que las tachas de inconstitucionalidad, opuestas al decreto ejecutivo número 2082 de 1931, como violador de los artículos 57, 58 y 76 de la Carta Fundamental, carecen de base plausible. No hay duda de que si los Juzgados de Prensa y Orden Público hubieran sido suprimidos en virtud del decreto acusado, él habría sido abiertamente inconstitucional, porque el ejecutivo, dentro de la potestad reglamentaria, no puede modificar, adicionar o derogar las leyes; su misión se reduce en esos casos, como lo ha dicho en distintas ocusiones esta Corte, 'el Gobierno al ejercer la potestad reglamentaria de la ley, no se convierte en legislador; él no puede variar en lo mínimo lo que pudiera llamarse la sustancia de la voluntad del legislador consignada en la ley; lo que le está encomendado es la reglamentación, dejando intacta la esencia y el espíritu de la disposición que reglamenta.' Mas la supresión de tales Juzgados provinó de la Ley 105 de 1931, y no del mencionado decreto; y si la parte resolutiva de éste, o sea en

Págs.

sus artículos 1º y 2º, principalmente en el 1º, hubo alguna impropiedad en los términos empleados, y de los cuales pudiera pensarse que el Ejecutivo había ejercitado un derecho que no le correspondía, cuando dijo: 'Declárase suprimidos los Juzgados de Prensa y Orden Público,' es lo cierto que el alcance de esta expresión queda suficientemente aclarado y fijado en los considerandos de la parte motiva de ese decreto, en los cuales reconoció que había sido la Ley 105 de 1931, en su primer artículo, la que 'prescindió en absoluto de la institución judicial denominada Juzgados de Prensa y Orden Público, que había creado la Ley 69 de 1928,' y 'que en tal virtud, los Juzgados de que se trata han venido a quedar suprimidos de derecho por la Ley 105 de 1931.' Además, cuando en el artículo 2.º del decreto se dijo que «al abrirse los Tribunales, en enero de 1932, todos los asuntos pendientes en aquellos Juzgados pasaran a los de Circuito correspondiente, para el conocimiento de éstos,' allí mismo se agregó cuál era la disposición que esto ordenaba, o sea, 'de conformidad con el numeral 5.º, artículo 110, de la Ley 105 de 1931'. En síntesis: fue este un decreto que se limitó a reproducir lo que estaba consignado en la Ley, y si, como se ha repetido varias veces, fue ésta la que suprimió los Juzgados de Prensa y Orden Público, tal decreto no viola las disposiciones constitucionales citadas. Con ese decreto o sin él, los resultados habrían sido los mismos.» (Corte Plena, sentencia, abril 1º de 1933), XXXVIII ..... 498, 1ª y 2ª, 499, 1ª.

(Salvó su voto el Magistrado doctor José Miguel Arango).

DECRETO ACUSADO. 87—Fue acusado el Decreto número 307 de 14 de febrero de 1931 como contrario al artículo 6.º del Acto legislativo número 3 de 1910 y a los artículos 57, 58 y 76, numerales 11 y 13, de la Constitución Nacional. Al estimar la Corte que no era inexequible el citado Decreto por otro de los motivos de inexequibilidad alegados, dijo, en lo referente a esta última acusación, lo siguiente:

«El artículo 7º del Decreto 307 de 1931, que se estima violado, impone a los tenedores de fósforos de producción ecuatoriana, que hubieren sido introducidos al país durante la vigencia del Tratado con el Ecuador, de 10 de agosto de 1905, el deber de pagar sobre las actuales existencias el sobreimpuesto decretado por la Ley 78 de 1930. Si esos artículos nacionales e importados de que habla el parágrafo 3º de la Ley 78 de 1930, en que se apoya el artículo 7º del Decreto 307, no podían ser gravados con un sobreimpuesto, entonces el reparo no procede contra el Decreto que se funda en la Ley, sino contra ésta. Ahora, como el acusador no comprendió en su demanda el parágrafo 3º del artículo 2.º de la Ley 78 de 1930, sino el artículo 8.º, la Corte no puede estudiar lo relativo a la inexequibilidad del artículo 7º del Decreto 307 de 1931, porque se funda en una ley que en lo pertinente no ha sido acusada. Así lo ha resuelto la Corte, entre otros fallos, en el de 15 de julio de 1913, *Gaceta Judicial* números 1109 y 1110, tomo XXII.)» (Sentencia, septiembre 22 de 1930) XXXVIII 238, 1ª

DECRETO ACUSADO. 88—Fueron acusados como inconstitucionales los artículos 3.º letra *i)* y 21 del Decreto Ejecutivo número 553 de fecha 4 de abril de 1925, como violatorios de los principios consagrados en los artículo 57, 58 y 76, incisos 1.º y 120, numeral 3.º de la Constitución Nacional.

«Debe examinarse, pues, si efectivamente las disposiciones acusadas son violatorias de los preceptos constitucionales mencionados. La primera de las disposiciones aludidas, o sea la marcada con la letra *i)* del artículo 3º del Decreto Ejecutivo número 553, de 4 de abril de 1925, dice que en la resolución que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe dictar sobre el memorial que dirija el interesado en el denuncio de un bien oculto, debe ordenar, si fuere el caso, la celebración del contrato respectivo en el cual se estipulará lo siguiente: '..... *i)* Que se fije la participación del denunciante en la forma y términos previstos por el artículo 21 de este Decreto.' Y el artículo 21 de este mismo señala el medio de fijar la participación que corresponde a los denunciantes de bienes ocultos, pero teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 del Código Fiscal, y sobre la base de la estimación de la cuantía hecha bajo juramento por el denunciante, según lo prevé el artículo 7º del propio Decreto. Como se ve, la disposición de la letra *i)*, que ha sido acusada asegura ante todo la fijación de la participación del denunciante, y señala para ello el procedimiento que debe seguirse con arreglo al Código Fiscal y de acuerdo con determinadas bases, ya que, mientras no se conozca por algún medio el valor de los bienes sobre que debe versar el contrato de bienes ocultos, no es posible fijar la participación del denunciante. Y tanto se garantiza el derecho de éste, que el inciso 2º del artículo 21, también acusado, indica el porcentaje que debe reconocerse como participación adicional al interesado en el denuncio, cuando el valor de los bienes recuperados—valor que re-

Págs.

sulta del avalúo hecho de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6.° del Decreto excede de la cuantía fijada bajo juramento por el mismo denunciante.—No se ve en qué forma violan estas disposiciones el artículo 31 de la Carta, ya que ellas no desconocen ni vulneran en manera alguna los derechos del denunciante de bienes ocultos, sino que, por el contrario, según se deja expresado, tienden a asegurar esos derechos, dentro del tanto por ciento concedido por las leyes respectivas. Tampoco se ve por qué las mismas disposiciones son violatorias de los artículos 57, 58 y 76, inciso 1.°, de la Constitución; pues si la primera consagra la limitación de los poderes públicos y el ejercicio separado de sus correspondientes atribuciones; si la segunda declara que la potestad de hacer las leyes reside en el Congreso, y que éste se compone del Senado y de la Cámara de Representantes, y la tercera atribuye a la misma entidad la interpretación, reforma y derogación de las leyes preexistentes, no quiere decir todo esto que por el hecho de que el Poder Ejecutivo, en ejercicio de la facultad que le concede el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, haya reglamentado el procedimiento administrativo en el denuncio de bienes ocultos del Estado, se haya salido de los límites que la Carta Fundamental le señala, comoquiera que con el Decreto en cuestión no se ha abrogado potestades que residen en el Congreso, ni ha interpretado, ni reformado, ni derogado leyes preexistentes, sino que simplemente se ha limitado a fijar una norma para la cumplida ejecución de leyes fiscales. Y es claro que esto se halla dentro de la potestad reglamentaria que al Ejecutivo le confiere el Estatuto. Son suficientes las consideraciones que preceden para deducir que carece de fundamento la acusación intentada.» (Sentencia, Corte Plena, febrero 28 de 1933), XXXVIII. 486, 1ª y 2ª

DECRETO ACUSADO. 89—Lo mismo que al Decreto número 2161 de 23 de diciembre de 1930 se acusó al 2166 de 24 de diciembre del mismo año como violatorio de los artículos 69 del Acto legislativo número 3 de 1910 e inciso 1.° del artículo 1.° del Acto legislativo de 1898. Resolvió la Corte que no era inexequible, por no serlo la Ley 78 de ese año que el Decreto reglamenta. (Sentencia, septiembre 22 de 1932), XXXVIII..... 237, 2.

— 90—Se acusó como contrario a la Constitución Nacional el Decreto Ejecutivo Nacional número 1278 de 1931 que reglamenta la Ley 72 de 1931 y la 57 de 1926, sobre descanso dominical. La Corte declaró que no era inexequible.

«Por lo que respecta al Decreto, el artículo 2.° no hace sino repetir la disposición de la Ley, y en cuanto al

Págs.

17, que también es materia de acusación, y por el cual se ordena que sólo podrán abrirse en día domingo aquellos establecimientos de venta exclusivamente destinados a la provisión de víveres y mercancías de que trata el ordinal *c*) del parágrafo 1º de la Ley 72 de 1931, y el artículo 8º del Decreto, hay que entender que se trata de aquellos establecimientos en que su dueño o empresario tenga a su servicio más de dos subordinados o empleados, pues a ellos se refiere la prohibición de la ley y sobre ellos recaen las excepciones que la misma Ley y el Decreto señalan.» (Sentencia, noviembre 25 de 1932), XXXVIII.. 201 y 202 2ª y 1ª

DECRETO ACUSADO. 91—Se acusó el Decreto ejecutivo número 2161 de 23 de diciembre de 1930, por el cual se pusieron en vigor los impuestos establecidos por la Ley 78 de 1930, como contrario a los artículos 69 del Acto Legislativo número 3 de 1910 e inciso 1.° del Acto Legislativo de 1898, porque fue dictado, dice el acusador, sobre la base de que los nuevos impuestos y aumento de impuestos establecidos por la citada Ley podían ponerse en vigor antes de los términos indicados por los citados preceptos constitucionales.

«A esto se observa que no siendo inexequible el artículo 8º de la Ley 78 de 1930, como se deja dicho, y en la cual se fundan los expresados Decretos, la tacha de inconstitucionales que se les opone tampoco es fundada.» (Sentencia, septiembre 22 de 1932), XXXVIII..... 237, 2ª

— 92—Fueron acusados los Decretos Ejecutivos números 1796 de 23 de octubre de 1930, 426 de 2 de marzo de 1931 y 1148 de 30 de junio del mismo año, porque, dice el acusador, «alteran el presupuesto dicho, y de consiguiente, violan el principio de que no puede incluírse partida alguna que no corresponda a un gasto *decretadopor ley anterior*. La Ley de asignaciones fijó las de los empleados, es ella anterior, y los Decretos acusados han venido a ser leyes posteriores. Más flagrante no puede ser la violación constitucional.»

«....El Presupuesto Nacional de gastos consiste en un cálculo de las sumas que deben gastarse para el servicio del Gobierno, el cual considera simplemente como un cómputo de las sumas requeridas para los servicios públicos, y como en ninguno de los Decretos acusados se hace ese cálculo o ese cómputo, el cargo carece de fundamento; en el primero de esos Decretos (el número 1796) 'se fijan los sueldos del personal subalterno del Poder Judicial y del Ministerio Público'; por los otros dos (el número 426 y el número 1148), 'se fijan las asignaciones mensuales de los empleados al servicio de la Nación,' que en ellos se expresan. Como se ve, en todos estos Decretos el Gobierno ejerció las atribuciones de que extraordinariamente lo revistió el Congreso, dentro de los límites que

Págs.

le fueron señalados, ajustándose a las normas constitucionales aplicables al caso.» (Sentencia, octubre 19 de 1932). 275, 1ª y 2ª

DECRETOS ACUSADOS. 93—Se solicitó que se declarasen inexequibles, por inconstitucionales, los artículos 2.° y 6.° (apartes *c*) y *d*), y 13 (aparte *d*), del Decreto ejecutivo número 945 de 1931 (mayo 29), «sobre impuesto de canalización»; 2.° y 16 del Decreto 1031 de fecha 15 de junio, «por el cual se adiciona y se modifica el número 945 de 29 de mayo del año en curso (1931), sobre impuesto de canalización»; 1116 de 1931 (junio 30), «por el cual se aplaza la vigencia de algunas disposiciones (impuesto de canalización).» Se fundó el demandante en que en virtud de tales Decretos «se ha cobrado en la República, desde el 15 de julio de mil novecientos treinta y uno, el impuesto indirecto llamado antiguamente fluvial, y hoy de canalización, sin esperar a que transcurrieran seis (6) meses desde su establecimiento, como lo ordena expresamente el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, que es la disposición fundamental que hace inexequibles aquellas disposiciones ejecutivas, por estar ellas en contradicción con ésta.»

Hé aquí lo sustancial del fallo de la Corte Plena:

«De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 41 de 1931, que rige desde la sanción de la misma, el legislativo autorizó al Gobierno 'para que fije el impuesto fluvial en forma equitativa, pudiéndose eximir de ese gravamen a los artículos de producción nacional, inclusive las maderas,' quedando autorizado también el Gobierno para 'exonerar del pago del impuesto de introducción, a las tuberías y maquinarias para acueducto, cuando estas obras sean de propiedad municipal.' Mediante los Decretos números 945, 1031 y 1116 de 1931, el Ejecutivo Nacional ejercitando la autorización que el legislador le había conferido, reglamentó la percepción del impuesto fluvial, llamado también de canalización; y por obra de reformas sucesivas, tales Decretos sólo vinieron a tener aplicación, respecto de las tasas fijadas, desde el primero de julio de mil novecientos treinta y uno, según las disposiciones de los artículos 2º del Decreto 945, numeral *d*); del artículo 13 del mismo Decreto, y el artículo 16 del Decreto 1031 citado; tasas que, según lo demuestra el actor, unas veces aumentan el impuesto fijado por la ley anterior, y otras lo disminuyen en relación con la misma ley. Ahora bien: si como el demandante lo reconoce, 'para que el Ejecutivo hubiera podido efectuar tales cobros antes del veintinueve de noviembre, habría sido necesario que dispusiera de precisas facultades extraordinarias, que le permitieran poner en vigor los aumentos de gravámenes decretados dentro de lo exceptuado por el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910,' se hace preciso averiguar si el Ejecutivo careció o nó de tales facultades, para determinar si es el caso de adecuar la interpretación al criterio del demandante, o si la decisión debe serle contraria. La disposición del artículo 69, como se ha visto, cuando se refiere a la efectividad de los impuestos o contribuciones indirectas, no autoriza el cobro de su aumento sino seis meses después de promulgada la ley que lo establece. Así también la disminución y el alza del impuesto especial de aduanas están sujetos a las normas determinadas por el artículo 1.° del Acto legislativo del Congreso, Ley 24 de 1898, cuyo segundo inciso declara que esta disposición y la del artículo 204 de la Constitución que está sustituído, según lo reconoce el mismo actor, por el 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, 'no limitan las facultades extraordinarias del Gobierno, cuando de ellas está investido.' La Ley 4ª de 1931 (8 de enero), publicada en el *Diario Oficial*, de fecha nueve de enero de mil novecientos treinta y uno, y que empezó a regir, por consiguiente, de acuerdo con las normas generales, el diez de marzo del mismo año, dice: 'Artículo 2.° De conformidad con lo dispuesto en el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución, revístese al Presidente de facultades extraordinarias: *a*) Para reducir o aumentar en las Aduanas de la República los derechos de aduana sobre los artículos expresados en la presente ley. *b*) Para reducir o aumentar los impuestos de tonelaje y fluvial sobre los mismos artículos y sobre los de igual naturaleza que se produzcan en el país. *c*) Para reducir o aumentar los precios de transportes de los artículos mencionados, en las empresas oficiales de transportes, y para recabar de los particulares las mismas medidas, cuando lo juzgue conveniente. *d*) Para que tome las medidas y decrete las providencias que considere convenientes a fin de evitar el monopolio o el acaparamiento de víveres. *e*) Para hacer uso de las facultades extraordinarias que por esta ley se le confieren, de acuerdo con la prerrogativa que le otorga la parte final del artículo 1º del Acto legislativo número 24 de 1898. Parágrafo. El Gobierno, para hacer uso de las autorizaciones otorgadas por la presente ley, oirá el concepto de la Comisión de Aduanas, creada por el artículo 4º de la misma. Artículo 3º De las facultades concedidas en la presente ley, y de la adicional de reformar o derogar los decretos, podrá hacer uso el Presidente de la República hasta el veinte de julio de mil novecientos treinta y uno. El Gobierno pasará al Congreso, en los primeros diez días de sus sesio-

Págs.

nes ordinarias, una exposición motivada de las providencias que dicte, y un proyecto de ley comprensivo de todas las supresiones, rebajas y aumentos que hubiere decretado en relación con los impuestos a que esta ley se refiere, a fin de que el Congreso, sobre estas bases, pueda fijar el arancel definitivo. Según los términos de estas disposiciones, dictadas de acuerdo con la norma del artículo 76, numeral 10, de la Constitución, se trata de verdaderas facultades extraordinarias conferidas por el Congreso al Presidente de la República, con toda precisión respecto de la materia a que ellas se refieren, esto es, para reducir o aumentar los impuestos de tonelaje y fluvial sobre los productos que se introduzcan por las Aduanas de la República, mencionados en el artículo 1º de la Ley 4ª citada, o que se produzcan en el país; y por el carácter temporal que tales facultades tienen, desde luégo que el legislador señaló la época en que podría hacer uso de ellas, esto es, hasta el veinte de julio de mil novecientos treinta y uno. Además, obsérvese que la misma ley hizo referencia a la prerrogativa que otorga la parte final del artículo 1.° del Acto legislativo número 3 de 1898, es decir, que por obra de las facultades extraordinarias de que se investía al Gobierno, él puede decretar aquellos aumentos o disminuciones de los impuestos de tonelaje fluvial ya mencionados, antes de transcurridos los seis meses después de promulgada la ley que los establezca. Y precisamente, en ejercicio de esta atribución, fue por lo que el Presidente de la República dictó los decretos acusados, fijando las tasas de los impuestos de que se trata, y señalando la fecha desde la cual debieran hacerse efectivos; decretos que rigen desde la fecha en ellos indicada y que fueron expedidos antes del veinte de julio de mil novecientos treinta y uno, fecha hasta la cual duró el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas. De manera que no es por obra de la disposición del artículo 3.° de la Ley 41 de 1931, como el Gobierno pudo hacer la fijación de las tasas de que aquí se trata, sino por virtud de las facultades extraordinarias conferidas por los artículos 2.° y 3.° de la Ley 4ª del mismo año; pudiendo concluírse que aquella disposición, la del artículo 3.° de la Ley 41 citada, pudo ser innecesaria para los fines que el legislador se propuso, y de consiguiente, no es en ella en donde tales decretos encuentran su fundamento constitucional.» (Sentencia, marzo 10 de 1933) XXXVIII... ..... 488, 2ª y 489, 1ª y 2ª.

En este mismo fallo se cita el de treinta de septiembre de mil novecientos veintinueve, proferido en caso semejante y en el cual se sienta la misma doctrina. *Gaceta Judicial*, número 1822. Termina declarando la Corte que no son inexequibles las disposiciones acusadas.

Págs.

DEDUCCIÓN DEL CAUDAL HERENCIAL EN CUANTO A HONORARIOS DE PERITOS Y DEL PARTIDOR. 94. Contra la sentencia que aprobó una partición verificada en un juicio de sucesión, interpusieron resurso de casación los interesados, alegando, entre otros motivos, el de violación del artículo 1016 del Código Civil, en cuanto fue aprobado el trabajo del partidor en la parte en que éste no dedujo del monto total del activo determinadas partidas del pasivo.

«Se observa: Por este aspecto el cargo es en parte fundado. Efectivamente, el partidor debió deducir del caudal social y no del haber hereditario, como lo hizo, el valor de los honorarios de los peritos y el de los del partidor porque son gastos que provienen de trabajo que aprovecha tanto al cónyuge sobreviviente, en su condición de socio y de heredero, como a los demás interesados. Sin el avalúo de los bienes sociales y la partición de éstos, no podía hacerse la liquidación y recibir el cónyuge sobreviviente lo que le correspondió como socio, y por consiguiente, debe contribuír al gasto que ocasionó, no solamente la liquidación y partición del haber hereditario en que también tiene parte, sino en el del haber social. Deducir esas dos partidas del haber hereditario, como lo hizo el partidor, es gravar a los demás herederos con un gasto que no les corresponde soportar en su totalidad. Respecto de estas partidas es fundado el cargo y debe casarse parcialmente la sentencia. (Casación. XXXVIII número 1867, agosto 28 de 1930)..... 86 1ª

DELITO CONTINUADO. 95—Falsificó un soldado 14 libranzas de creditos de otros soldados, a fin de que fuesen pagadas por el Contador del Batallón, lo que llevó a cabo poniendo las firmas de los respectivos soldados acreedores y la del Comandante del Batallón. Así falsificadas, y aunque no obtuvo el pago del Contador, las vendió a una viuda por la suma de $ 98 y pretendió luégo que le comprase las otras siete. Fue condenado por el Juez y por el Tribunal a la pena de veinte años de presidio y cinco de reclusión, como reo de catorce delitos distintos de falsificación por las 14 libranzas falsificadas, y por la estafa a la viuda.

La Corte, después de rebatir el cargo en lo referente a la alegación del recurrente de que solamente se le debió condenar por la estafa y no por la falsificación, pues se aseveró que ésta quedaba comprendida en los artificios, engaños, prácticas superticiosas u otros embustes semejantes que menciona el artículo 820 del Código Penal, dijo:

«Pero no es el caso de considerar, como lo estimó el sentenciador, la existencia de 14 delitos de falsedad en documentos privados, puesto que

Págs.

si se examinan las circunstancias del hecho realizado por Villota, para determinar su verdadera significación y alcance, se encuentra que si bien fueron varias las firmas y libranzas falsificadas, la alteración de la verdad se hizo para llevar a efecto una misma intención o próposito, como fue el artificio de que se valió el agente para consumar la estafa. Por lo mismo la pluralidad no es sino aparente y en el fondo sólo hay un delito de falsedad.» (Casación, marzo 20 de 1931,) XXXVIII 471, 1ª

Cita aquí la Corte la doctrina similar sentada en la sentencia de fecha 10 de noviembre de 1930, transcrita por la Relatoría bajo este mismo mote en el número siguiente.

DELITO CONTINUADO 96—Un individuo falsificó varios telegramas y recibos oficiales y varios cheques con el propósito de hacerse pagar por ese medio unas sumas de dinero. Los Jueces de instancia consideraron la falsificación de tales documentos como delitos distintos de falsedad en documentos oficiales públicos y en documentos privados, y así propuso el Juez de la primera instancia las correspondientes cuestiones al Jurado, las cuales fueron contestadas afirmativamente, por lo cual fue condenado el encausado a la pena de veinte años de presidio. Interpuesto el recurso de casación ante la Corte contra la sentencia del Tribunal que confirmó el fallo del Juez, dijo la Corte:

«..Examinando y analizando la circunstancia en que el hecho o hechos fueron realizados, y la manera como se desarrollaron, se viene en conocimiento de que se trata no de acciones distintas, sino de una acción delictuosa continuada. En efecto, la falsificación documentaria constituye delito continuado cuando se alteran o contrahacen diversos documentos con la misma intención delictuosa, pues aunque en apariencia se vea que hay varios delitos llevados a término por un solo sujeto, realmente la homogeneidad de ellos pueden hacer que constituyan un mero hecho punible. En este sentido, tratadistas como Pessina se expresan así: 'El *delito continuado* es una repetición de actos criminosos, constitutivos de delito y distintos entre sí, pero unidos en una sola conciencia delincuente, porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso...' Y Mittermaier manifiesta: 'La *continuación* de un delito presupone una pluralidad de actos que se han cometido en tiempos diversos; pero que atendida la especie de determinación de la voluntad que está en el fondo de los mismos, forman un todo jurídico, de tal modo, que únicamente puede admitirse un solo delito. El reconocimiento de un delito continuado no depende ni de que los varios actos se cometan contra la misma persona o con relación a la misma

págs.

cosa, ni de que se hallen en una relación causal, ya sea de medio a fin, ya de causa a efecto, ni mucho menos de que alguno realice un propósito común dirigido a un fin dado, ni por último, de que las varias acciones se practiquen en virtud de una determinada condición. El verdadero criterio del delito continuado, sólo puede hallarse en la unidad del propósito y del hecho, de tal modo que las varias acciones punibles aparezcan como ejecución de un solo hecho, y a la vez como manifestación de la unidad del propósito.' La Corte casó parcialmente la sentencia condenando al encausado a la pena de seis años y un mes de presidio, por no tratarse de distintos delitos sino de un delito continuado. (Casación, noviembre 10 de 1930,) XXXVIII ..... 255, 1ª y 2ª

DELITO FRUSTRADO 97—Dos individuos entraron a un almacén por un portillo que abrieron en la pared que da al zaguán de una casa y se sustrajeron una suma de dinero que había en la caja del almacén; como fuesen a salir muy de mañana por el zaguán de la casa donde se habían alojado la noche anterior, las sirvientas que iban a abrir el portón de la casa les sorprendieron en el zaguán, llamaron a gritos al dueño de casa y éste a la policía que los prendió. Recurrieron en casación contra la sentencia del Tribunal que los condenó a trece años de presidio y alegaron la primera causal de casación del artículo 3.º de la Ley 78 de 1920, manifestando que si hubo robo no podía considerársele sino como frustrado, porque estando cerrada la puerta de entrada a la casa del doctor Benavides —circunstancia independiente de la voluntad de ellos—era físicamente imposible la consumación del robo.»

...«Es indudable, dice la Corte, que la circunstancia de estar cerrado el portón de la casa del doctor Benavides impidió la consumación del robo por causas independientes de la voluntad de los procesados, aunque ya hubieran puesto de su parte los actos suficientes para producir el delito, que por lo mismo, resultó frustrado, al tenor del artículo 4º del Código Penal, que dice: "Hay *delito frustrado*, cuando los actos ejecutados por el culpado, con el intento de cometerlo, son por su naturaleza, suficientes para producirlo, y sin embargo, no lo producen por causas o accidentes independientes de su voluntad. Por consiguiente, el reparo que se le hace a la sentencia del Tribunal, se justifica por este aspecto.» (Casación, febrero 6 de 1931,) XXXVIII 392, 1ª

— MILITAR. 98—El Ministro de Guerra remitió a la Corte el sumario contra el Teniente Manuel J. Agudelo, en consulta de la sentencia absolutoria proferida por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales en la causa que ante el Consejo se le siguió por los delitos de heridas y abuso de autoridad. Ocurrió que estando en unos ejercicios militares en Usaquén hirió el Teniente Agudelo con su

Págs.

espada al cadete Enrique Montoya Restrepo. La Corte estimó, al interpretar el artículo 1365 del Código Militar, que las heridas causadas por Agudelo a Montoya no caían bajo la jurisdicción del fuero militar, sino de los Tribunales ordinarios, y declaró nulo lo actuado en relación con el delito de heridas disponiendo que se enviase el sumario a los Jueces de Circuito en lo Criminal.

Transcribe la Corte los fundamentos de otra sentencia que corre publicada en la *Gaceta Judicial*, número 1816, así:

«Como 'dentro del cuartel,' o 'en asuntos del servicio,' se pueden cometer actos delictuosos que no violen las leyes militares, era necesario que el legislador estableciera como requisito indispensable, en la definición del delito militar, que infringiera la ley militar, o que se cometa con infracción de las leyes militares, como muy clara y expresamente lo dice el artículo 1365. De manera que esa condición no es un simple predicado, sino que constituye nada menos que la definición de lo que debe entenderse por delito militar, el cual se puede cometer en dos grandes formas: o 'dentro del cuartel,' o 'en asuntos del servicio.' Estas dos últimas modalidades o circunstancias habrían podido suprimirse, y en el sentido de la primera parte, o sea de la definición, habría quedado completo. Es como si a la definición que de delito da el Código Penal, la voluntaria y maliciosa violación de la ley penal, se le hubiera agregado, lo que habría sido también inútil y hasta perjudicial, que el delito puede cometerse en las ciudades y en los campos, por los nacionales y extranjeros, en forma de homicidio, de falsificación de moneda, de robo, de hurto, etc. El artículo 1365 del Código Militar, sobre todo en su primera parte, no tiene por objeto hacer una enumeración de los distintos delitos que puedan cometer los militares y cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción militar, enumeración que se hace, como es lo natural, en todo el curso del Código, en sus distintos títulos y capítulos; ese artículo contiene, es necesario repetirlo, una simple definición, a la cual se le agregó algo que no era estrictamente necesario.' Agrega la Corte: «para mayor abundamiento del punto que se viene tratando, se ha estimado conveniente y oportuno consignar lo que se acaba de transcribir, para que al apreciar tal punto, entendidas las locuciones, 'en asuntos del servicio,' o 'dentro del cuartel,' en la forma que se deja expresado, se estimen los hechos del informativo enfrente de la condición esencial exigida por la ley para que existan tales hechos como delitos militares, esto es, que se hayan realizado con infracción de las leyes militares.' Y no se encuentra dentro del Código respectivo la disposición militar que haya sido objeto de alguna de las violaciones llevadas a cabo por el Teniente Agudelo. Ni se diga que sin el carácter de militar de éste no se habrían podido cometer el delito o delitos militares; pues este argumento, por su misma extensión y por probar demasiado, no prueba en realidad nada, y no alcanza hasta donde se le quiere llevar, ya que con igual fundamento se podría absurdamente afirmar también que determinados hechos delictuosos, como, por ejemplo, un rapto, fuerza y violencia contra una persona, una falsedad y estafa, etc., son delitos militares por haber sido ejecutados por un militar, valiéndose para ello de sus subordinados, de la autoridad ejercida sobre éstos, y en general, de las múltiples facilidades y ejecutorias que, en un caso dado, pueden surgir de su carácter militar.» (Sentencia, julio 15 de 1930, páginas 28 y 29).... 2ª y 1ª.

Págs.

DEMANDA PARA QUE SE DIGA SI SE ACEPTA O REPUDIA UNA HERENCIA. 99—Seguido un juicio de sucesión se le adjudicó la casa que constituía el único bien de ella a una de las hijas naturales de la *de cujus*, por no haber comparecido al juicio la otra hija natural ni héchose parte en él. Demandó ésta que se la declarase heredera de su madre y que, en consecuencia, se declarase que la hija a la cual se le había adjudicado toda la casa, estaba obligada a entregarle el derecho de herencia equivalente a la mitad de la casa. Como prosperase la acción ante el Tribunal, acudió en casación la demandada alegando que se había violado especialmente el artículo 1290 del Código Civil porque aseveró que no habiéndose presentado al juicio de sucesión la heredera demandante, no obstante haberse hecho el emplazamiento que ordena la ley, estaba cumplida la repudiación tácita de la herencia.

«Es cierto que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas de que habla el recurrente para resolver si la demandante Gabriela Perpetua Domínguez había repudiado la herencia de Tomasa Domínguez; que si las hubiera apreciado habría llegado a la misma conclusión a que llegó, porque el artículo 1292 del Código Civil, uno de los que el recurrente considera violados, establece que la repudiación no se presume de derecho sino en los casos previstos por la ley, y si bien uno de esos casos es el que indica el artículo 1290 (1) de la misma obra, o sea, cuando el asignatario ha sido constituído en mora de aceptar o repudiar, para ello no bastaba que Gabriela Perpetua Domínguez hubiera guardado silencio durante el término del emplazamiento, sino que era preciso que hubiera precedido demanda especial que tuviera por objeto hacer la referida declaración conforme lo

(1) Véase el número 3503, tomo 3º de la *Jurisprudencia de la Corte*.

Págs.

establece el artículo 1289 del mismo Código, y que tal demanda se notificara debidamente a dicha señora para que así surtiera el efecto de la presunción establecida en el artículo 1290 de allí, formalidades que no aparece se hubieran llenado en el caso contemplado. El cargo no es, pues, fundado.» (Casación, febrero 21 de 1931, XXXVIII..... 503, 1ª y 2ª).

DEPARTAMENTO DEL TOLIMA. 100—Se alegó en el juicio promovido por el Departamento contra The Dorada Extension Railway Limited, por parte de la Compañía demandada, que el Departamento no era la misma persona jurídica que sucedió al Estado Soberano del Tolima.

«Conforme al artículo 4.° de la Constitución Nacional, en consonancia con el 188 de la propia obra, las secciones que componían la Unión Colombiana, denominadas Estados, continuaron con los mismos límites, pero con la denominación de Departamentos, al verificarse el cambio del régimen federal al unitario del país, y los bienes, derechos y valores que a aquellos Estados habían venido perteneciendo pasaron a éstos, bajo la condición de que les pertenecerían *mientras tuvieran existencia legal.* Pero el artículo 5.° de la misma Constitución, y el 2.° del Acto legislativo número 3 de 1905, autorizan al legislador para modificar la división territorial de la República, y en virtud de esa doble autorización se expidieron las Leyes 17 y 46 del año citado, por la primera de las cuales se segregaron del Departamento del Tolima algunos Municipios, que se anexaron al Cauca, y por la segunda, se creó, con las Provincias del sur del antiguo Departamento del Tolima, el Departamento del Huila. En virtud de las primeras disposiciones citadas, o sea, los artículos 4.° y 188, el Departamento del Tolima sucedió al extinguido Estado del mismo nombre en su personalidad político-administrativa y en su personalidad civil, si bien no en aquello que se refiriera a la personalidad política de que disfrutaba el antiguo Estado Soberano como elemento integrante de una entidad federal que había desaparecido. Y en virtud de las otras disposiciones constitucionales atrás enunciadas, y de las leyes de que se ha hecho mérito, si bien se afecta la integridad territorial del Departamento del Tolima con aquellas segregaciones, se mantuvo siempre intacta su personalidad jurídica, tanto político-administrativa como civil, o, en otros términos, continuó su plena *existencia legal,* y, por lo mismo, siguió siendo adjudicatario legítimo de los bienes que habían pertenecido al antiguo Estado Soberano del Tolima, salvo, naturalmente, aquellos que se refirieran a la materialidad del territorio que corrían la suerte de las porciones en donde se hallaren radicados. Mirando el tránsito de la legislación federal a la legislación unitaria, puede hablarse de sucesión del Departamento del Tolima respecto del Estado del mismo nombre, pues así lo dicen claramente los preceptos constitucionales números 4º y 188, pero de ahí en adelante no es propio decir que el Departamento del Tolima, que subsistió a pesar de las desmembraciones enunciadas, hubiera sucedido al creado por la Constitución de 1886; pues en todo ello lo que hubo fue subsistencia de la persona jurídica denominada Departamento del Tolima. Mas vino la Ley 1ª de 1908, y en fuerza de ella se extinguió totalmente el Departamento del Tolima que la expresada Constitución creó, y en su lugar nacieron otras entidades denominadas Departamento de Ibagué y Departamento de Honda. Y como consecuencia, los bienes, derechos y valores de aquel Departamento pasaron al dominio del Estado, no solamente por virtud del *principio de derecho público* que alega el abogado de la parte demandada, sino por mandato expreso del artículo 7.° de la mencionada Ley 1ª de 1908, así como también porque habiendo dejado el expresado Departamento del Tolima de tener *existencia legal,* se resolvió la adjudicación de bienes, derechos y valores del Estado Soberano del Tolima que se le había hecho por el artículo 188 de la Constitución. Pero la inexistencia del Departamento del Tolima fue muy breve, de primero de enero de mil novecientos nueve a primero de abril de mil novecientos diez, fecha en que por mandato de la Ley 65 de 1909, se restableció la división territorial que existía en el país en primero de enero de mil novecientos cinco, es decir, en primero de abril de mil novecientos diez nació a la vida nuevamente el extinguido Departamento del Tolima, y por lo ordenado en el artículo 6.° de la misma Ley 65, se encontró al nacer con el patrimonio de bienes, derechos y valores que le habían pertenecido en treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuatro. De modo que el Departamento del Tolima, creado por la Ley 65 de 1909, vino a ser sucesor en el patrimonio de bienes que en treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuatro pertenecía al extinguido por la Ley 1ª de 1908. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, noviembre 4 de 1930), XXXVIII ..... 421, 1ª y 2ª

DEPARTAMENTOS SUCESORES DE LOS ESTADOS SOBERANOS. 101—Conforme al artículo 4º de la Constitución Nacio-

Págs.

nal, en consonancia con el 188 de la propia obra, las secciones que componían la Unión Colombiana, denominadas Estados, continuaron con los mismos límites, pero con la denominación de Departamentos, al verificarse el cambio del régimen federal al unitario del país, y los bienes, derechos y valores que a aquellos Estados habían venido perteneciendo pasaron a éstos, bajo la condición de que les pertenecerían *mientras tuvieran existencia legal*.» (Sentencia, Sala de Negocios Generales, noviembre 4 de 1930), XXXVIII 421, 1ª

DERECHOS DE CRÉDITO O PERSONALES. SU PRESCRIPCIÓN 102—El Departamento del Tolima demandó a la Compañía denominada The Dorada Extensión Railway Limited para el pago de una suma de pesos por concepto de las participaciones, que correspondían al Departamento, de cinco centavos por el transporte de cada carga de ciento cincuenta kilogramos en un tiempo dado; la Compañía demandada opuso la excepción de prescripción extintiva de la acción sobre el derecho a las participaciones ilimitadas. Aunque la Corte declaró prescrita la acción en lo relativo al pago de la suma demandada por no haberse cobrado en tiempo o por haber dejado transcurrir el Departamento más de veinte años sin cobrarla, dijo lo siguiente sobre el derecho a las participaciones posteriores:

«Establece el inciso del artículo 2535 del Código Civil, que el tiempo para la prescripción extintiva se cuenta, 'desde que la obligación se ha hecho exigible'. De acuerdo con esta regla, la prescripción de que se trata no empieza a contarse sino desde que exista una obligación determinada, cuyo cumplimiento pueda demandarse judicialmente, y sólo con respecto de tal obligación. De aquí se deduce rectamente que la prescripción extintiva de acciones, salvo disposición especial que establezca para determinados casos lo contrario, no tiene cabida respecto de derechos que no revistan el carácter de obligaciones exigibles judicialmente. Ahora bien: como el derecho a la participación, considerado en sí mismo e independientemente de los créditos sucesivos que van naciendo a favor del Departamento y a cargo de la Compañía, a medida que se van realizando los hechos previstos en el contrato para que tales créditos tomen nacimiento o sea a medida que se van efectuando los transportes de carga por el ferrocarril; como ese derecho abstracto, así considerado, por más que transcurran los meses y los años, no constituye nunca para la Compañía demandada una obligación a determinada prestación, cuyo cumplimiento pueda el Departamento demandar ante los Tribunales, síguese que el indicado derecho no está sujeto a prescripción extintiva, una vez que no hay ni puede haber punto de partida para empezar a contar dicha prescripción. Y es que el derecho a la participación, tomado en sí mismo y aisladamente de transporte de carga por el ferrocarril, no es un derecho perfecto, por cuanto no constituye a la Compañía demandada en la obligación de hacer prestación alguna a favor del Departamento. Esto pone de manifiesto que el titulado derecho no es en realidad sino un elemento generador de los derechos sucesivos de crédito que van naciendo a favor del Departamento con los transportes de carga que va realizando la Empresa del Ferrocarril, puesto que los indicados créditos son el producto de la concurrencia de estos dos factores: 1ª La estipulación contractual que creó para el Departamento el derecho a un provento de cinco centavos por carga que transportara el ferrocarril, que es lo que constituye el derecho abstracto a la participación, y 2ª El hecho de los transportes de carga efectuados por el ferrocarril. Por este otro aspecto tampoco es susceptible de prescripción el indicado derecho abstracto, pues lo que prescribe es la acción o el derecho que reviste el carácter de obligación exigible, no los simples elementos o factores de ese derecho. El Código colombiano, al establecer en su artículo 2535 que el tiempo de la prescripción se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible o sea desde que haya acción para demandar el cumplimiento de la obligación, aventaja en claridad y precisión—en tratándose de derechos personales—a otros códigos extranjeros, entre ellos al francés y al italiano, que no contienen una disposición semejante, y donde la doctrina de los expositores ha tenido que suplir el silencio de la ley, para llegar a la misma conclusión consagrada por la ley colombiana, o sea a la de que la prescripción no empieza a contarse sino desde que haya acción para demandar el cumplimiento de la obligación. Baudry Lacantinerie y Tissier se expresan sobre el particular así: Existe una teoría que goza de mucho crédito y y que Laurent ha sostenido con mucha habilidad. Para saber, se dice, cuándo comienza a correr la prescripción para los derechos de crédito o personales, que son los únicos que son objeto del artículo 2257, en otros términos, cuál es el punto de partida de la prescripción de un derecho de crédito, basta recordar la definición de la prescripción extintiva. Hemos dicho que ella constituye un medio de liberación, resultante de la inacción del acreedor durante el tiempo determinado por la ley. La prescripción extintiva de los derechos personales no aparece aquí como un modo

Págs.

particular de extinción de las obligaciones; ella tiene por resultado anonadar la acción que tenía el acreedor para obtener la ejecución de la obligación. Razonablemente, pues, no debe comenzar a correr sino desde que la acción del acreedor ha nacido, porque no se concebiría que la prescripción pudiese ejercer su influjo sobre una acción que no existe aún. Esta verdad elemental es la que expresa el antiguo adagio: *Actioni non natae non praescribitur* y que la costumbre había consagrado en su artículo 117: 'Respecto de la renta vitalicia de viudas (Douaire) y otras acciones que no han nacido aún, el tiempo de la prescripción no comienza a correr sino desde el día en que la acción ha sido viable.' De allí se sigue que si un derecho de crédito es condicional o a término, la prescripción no podrá comenzar sino a partir de la condición o del vencimiento del término. Hasta entonces el acreedor tiene en verdad un derecho más, no tiene todavía acción, y por consiguiente, la prescripción no puede correr contra él por cuanto ésta dice relación a la acción. La prescripción, dice Laurent, no se concibe donde no hay acción, puesto que ella no ha sido introducida sino para extinguir las acciones. *Traité theorique et practique de Droit Civil*, volumen XXV, número 287. Georgi, en su *Teoria de las Obligaciones*, se produce de la siguiente manera: 'A nuestro parecer la fórmula de la ciencia moderna, *actio natae*, establecida por la escuela alemana, es la que prevé el exacto criterio para suplir el silencio de la ley. Si esta ley es insuficiente cuando se quiere aplicar por los doctos para denotar la falta de la obligación de ejercitar la acción, viene a ser exacta cuando se adopta para afirmar que no incurre en inercia el acreedor cuando falta la posibilidad jurídica de ejercitar la acción; quien no tiene derecho para demandar es quien verdaderamente puede decir: *non valenti agere, non currit praescriptio.*' Y no se aduzca como argumento de analogía con el caso actual la disposición del artículo 2300 del Civil, según el cual el derecho a la renta vitalicia prescribe independientemente de los cánones periódicos de ésta, por el transcurso de más de treinta años, sin que la renta se haya percibido o demandado, pues antes bien, el hecho de que el legislador hubiera establecido esa prescripción especial, está indicando que en concepto del mismo legislador el caso de la renta vitalicia no está comprendido en las reglas generales sobre prescripción, y que sin la disposición excepcional de que se trata solamente había lugar a que prescribieran conforme a las normas generales los cánones de la renta una vez devengados, mas no el derecho mismo de la renta. De donde se sigue *a contrario sensu*, que no existiendo disposición alguna especial que haya establecido la prescripción de derechos, tales como el de la partición a que se viene haciendo referencia, no puede tener lugar dicha prescripción. Aparte de esto, existe una diferencia bastante palpable entre el derecho a la renta vitalicia y el derecho a la partición tántas veces mencionada; pues una vez perfeccionado el contrato de renta vitalicia, ésta se devenga por el sólo transcurso de tiempo, al paso que las participaciones estipuladas entre el Departamento y los concesionarios del Ferrocarril no generan derecho alguno efectivo sino mediante la concurrencia de hechos posteriores, los transportes de carga por la ferrovía. De suerte que el contrato de renta vitalicia genera por sí solo una acción, en tanto que la estipulación sobre participaciones sólo produce acción con la concomitancia de hechos posteriores.» (Sentencia, noviembre 4 de 1930), XXXVIII..... 424, 1ª y 2ª, 425 1ª

Salvó voto el Magistrado doctor Luis F. Rosales.

DERECHOS DE ESTACA O PAGO DEL IMPUESTO ANUAL DE MINAS. 103—José David Delgado obtuvo título de propiedad de la mina denominada *Pureto*, y como Fulgencio Benítez y Roso López denunciasen el exceso que resultara por el cálculo para pagar el impuesto de dicha mina, se opuso a la posesión que iba a darse a éstos por los excesos, por lo cual le consideró el Juez como actor y, en consecuencia, demandó a Benítez y López para que se declarase que tenía mejor derecho que éstos a todas las pertenencias de la mina y que debía ser amparado en él. Fallado el pleito de acuerdo con las pretensiones de la demanda, el Tribunal reformó la sentencia que apelaron los demandados, y les absolvió de los cargos de la demanda, por lo cual recurrió ante la Corte el actor, donde el opositor sostuvo que para redimir una mina a perpetuidad «hay que pagar veinte anualidades adicionales,» y digo, el pago de veinte anualidades adicionales, porque la redención no puede hacerse sino respecto de minas tituladas «que hayan pagado el impuesto establecido,» y no es *mina titulada* sino aquella cuyo «goce está asegurado con el título de que habla el inciso 1.° de este artículo» (el 70 del Código de Minas). «Ahora bien: para que una mina esté *titulada*, como es palmar, es menester que esté amparada por un *título*, y éste debe contener el comprobante del pago del impuesto, como lo reza el artículo 18 de la prenombrada Ley 292 de 1875; de que se sigue rectamente que la redención no puede hacerse sino mediante el pago de veinte anualidades distintas de la primera, si aquélla se hace en el primero o en el segundo año de la concesión; de todas las que se han pagado antes, si la redención se hace después. El tenor literal del artículo 45 de la Ley 292 de 1875 es clarísimo; la propiedad de una mina no puede asegurarse por el adjudicatario sino cuando ésta se halla ya

Págs.

titulada, y cuando ya ha pagado el adjudicatario el impuesto establecido, siempre que la mina no esté en litigio, lo que hace al caso actual. *No puede*, pues, pagarse previamente el impuesto de veinte años para obtener luégo el título de propiedad, pues se pagaría menos de lo exigido por la ley, desde luégo que no entraría al Fisco el valor de la primera anualidad. El título ha de expedirse sobre el pago de una anualidad, y, luégo de obtenido, es cuando pueden pagarse de una vez las veinte anualidades para redimir la mina. No se pueden redimir minas no tituladas, y mina titulada no es sino aquella que tiene título. La redención, pues, ha de ser necesariamente posterior a la expedición del título y, por lo mismo, el que quiera tener asegurada la propiedad de la mina debe obtener previamente el título mediante las formalidades legales, entre las cuales se cuenta el pago de una anualidad, y luégo de obtenido, pagar de una vez veinte anualidades más.»

He aquí, sobre ese punto, la doctrina de la Corte:

«La Corte no puede prohijar este razonamiento, porque el artículo 18 de la Ley 292 de 1875, invocado por el opositor para sostener que el título debe contener el comprobante de haberse pagado el impuesto, y que él no puede expedirse sino previa esa comprobación, no se refiere a lo que en minería se conoce con el nombre de *derechos de estaca*, o sea, el pago del impuesto anual, de que habla el capítulo 11 del Código de Minas, que es el único que se necesita para conservar el derecho a una mina que se ha adquirido legalmente (artículo 164 del Código de Minas); ese impuesto dice relación a los derechos que hay que pagar por el denuncio de la mina y para la expedición del título, como lo ordenan los artículos 33, numeral 7º, y 72 del Código de Minas, derechos fijados hoy por la Ley 20 de 1923. Ya atrás se vio que en el caso de que se tuviera que pagar por veintiuna anualidades, Delgado había hecho ese pago.» (Casación, XXXVIII, número 1877, marzo 10 de 1931)..... 559, 1ª y 2ª

DESISTIMIENTO. 104—El desistimiento no es tan sólo una renuncia del procedimiento que se ha venido siguiendo, sino que «lo asimila en sus efectos a la cosa juzgada,» según lo ha declarado la Corte. (Casación, XXXVIII, número 1865, junio 27 de 1930)..... 11, 1ª

— DE DEMANDA. 105—Cuándo procede aplicar el artículo 817 del Código Judicial antiguo, hoy artículo 462 de la Ley 105 de 1931.

Iniciado ante el Juez de Circuito de Cartago juicio de deslinde de unos predios el año de 1899, se corrigió la demanda en 1905 y se admitió en 1910. Practicado el deslinde en 1912 hubo oposición y se siguió el juicio ordinario correspondiente que subió en apelación al Tribunal de Buga. En ese estado desistieron del juicio los actores por transacción de los propietarios de los predios colindantes. Posteriormente se inició nuevo juicio de deslinde; se presentó oposición por el hecho del juicio anterior, del cual se había desistido, y el Juez falló declarando infundada la oposición y aprobando el deslinde practicado de acuerdo con la línea fijada en la escritura de transacción. Confirmada la sentencia por el Tribunal de Buga, los opositores al deslinde interpusieron recurso de casación ante la Corte alegando violación directa del artículo 817 del Código Judicial, disposición que aunque figura en el antiguo Código de Procedimiento y es hoy la del artículo 462 de la Ley 105 de 1931, es sustantiva.

Dijo la Corte:

«Como los demandantes en el primer juicio de deslinde, argumenta el recurrente, desistieron de él pura y simplemente, perdieron el derecho de volver a deducir en juicio esa misma acción contra los propios demandados. Al confirmar, pues, el Tribunal el fallo de primera instancia que declara infundada la oposición al nuevo deslinde, y no acoger la excepción de falta de acción y otras alegadas por los demandados oportunamento, violó la disposición invocada. Se responde: Para que el desistimiento de un juicio que se está surtiendo produzca los efectos que señala el artículo 817 del Código Judicial, es necesario que entre la acción primitiva de la cual se desistió y la nueva que se intenta después de aquel desistimiento, haya identidad. Y para que ésta exista, se requiere que concurran las mismas condiciones que para la cosa juzgada, porque con arreglo a las disposiciones del artículo 817 citado, a diferencia de otras legislaciones procesales, el desistimiento no es tan sólo una renuncia del procedimiento que se ha venido siguiendo, sino que lo asimila en sus efectos a la cosa juzgada' según lo ha declarado la Corte. Ahora bien, aquella identidad se realiza cuando, entre otras condiciones, es uno mismo el objeto de las dos acciones y uno mismo el título invocado en ambas. El litigio primitivo de deslinde tuvo por objeto que el Juez, a la luz de los respectivos títulos de los interesados, señalase los linderos de las dos propiedades; operación que se realizó, pero que no tuvo efecto porque por convención posterior celebrada entre aquellos mismos la línea se dio por no trazada. En el segundo juicio, que es la materia de este recurso de casación, el objeto es otro: no es ya el de que señale el Juez una línea de propia autoridad, según lo alegado por las partes y probado con sus respectivos títulos, sino el de que, según expresa el libelo de demanda, se llevase a efecto el deslinde que se había convenido en la citada escritura número 224, 'decretando el trazado material o la demarcación en el terreno y el amojonamiento' de la

Págs.

línea que se describió en el contrato. Este juicio ha tenido por fin la ejecución de un contrato, juicio en el cual el Juez tuvo por función estricta aplicar las estipulaciones de las partes con relación a la línea divisoria determinada por estas mismas. Difieren igualmente los dos juicios en sus títulos y causas; la acción de deslinde en el primero procedía directamente *ex lege* por virtud de la obligación que la ley impone a los dueños de predios que son colindantes de fijar a petición de cualquiera de ellos los límites que separen las respectivas propiedades (artículo 900 del Código Civil); en el juicio actual la acción nace *ex contractu*, porque tiene su origen en una convención celebrada entre los interesados mismos. ....El cargo no es, por tanto, fundado.» (Casación, junio 27 de 1930), Tomo XXXVIII. ..... 10 y 1ª

DESISTIMIENTO DE UNA DEMANDA O DEL PLEITO ESTANDO YA EN RECURSO DE CASACIÓN ANTE LA CORTE. 106--Hernando Gómez Tanco y Nicolás Gómez S. vendieron a la Compañía Nacional de Electricidad la nuda propiedad de unos predios sobre el río Bogotá, pero se reservaron el usufructo. El Gerente de la Compañía demandó a la de Energía Eléctrica de Bogotá para asuntos referentes al servicio de aguas del río, y el juicio terminó en primera instancia con la sentencia del Juez que declaró interrumpida civilmente la prescripción adquisitiva del uso de todas las aguas del río Bogotá, que venía corriendo a favor de la empresa demandada, en cuanto se refería a la parte en que la actora era ribereana del río. Confirmó el fallo el Tribunal, y llegado el proceso a la Corte y estando ya el recurso para ser fallado, se hicieron partes en el juicio los señores Tanco y Gómez manifestando que como las acciones y derechos ejercitados en él por la parte actora les favorecían en su condición de usufructuarios, se les reconociese como causahabientes de la Compañía demandante. Reconocióles el Magistrado sustanciador como partes en el juicio, y poco tiempo después manifestó el Gerente de la Compañía actora, ante la Corte, que desistía del pleito que había promovido. Se opusieron al desistimiento Tanco y Gómez, haciendo presente a la Corte su derecho de usufructo a las aguas sobre que versa el pleito, mas la Corte lo admitió, sin perjuicio de terceros. Solicitada la reposición del auto por la parte agraviada, la Corte insistió en admitir el desistimiento sentando esta doctrina:

«Ya se ha visto que los reclamantes no son demandantes en este juicio. Cuando ellos comparecieron ante la Corte, en esta última etapa de la litis, ya estaba ejecutoriada para la parte actora la sentencia definitiva de la segunda instancia, con la cual se conformó dicha parte, que no hizo uso del derecho de interponer el recurso de casación, y apenas asumió aquí el papel de opositora. Ella no es recurrente. Así, pues, al presentarse los reclamantes pidiendo que se les tenga como parte, en atención a que las acciones y los derechos que la Compañía demandante ha ejercitado como propietaria, los favorece a ellos como usufructuarios, el hecho de haberlos admitido, puede tener otro efecto que el de que pudieran exponer lo que tuvieran a bien, coadyuvando la oposición al recurso, cosa que ya se dijo, y que no necesita más demostración, ante el estado actual del negocio y la situación de las partes. Las cuestiones que puedan suscitarse entre los reclamantes contra la Compañía demandante por los perjuicios que aquéllos puedan ocasionarles, en su condición de usufructuarios, la renuncia que hace ésta de los derechos y acciones que había ejercitado, en su condición de propietaria, no son pertinentes al caso que se decide.» (Auto, agosto 19 de 1930), XXXVIII (1). 61 2ª

(1) Sienta la Corte en este fallo que se puede desistir de todo un juicio estando pendiente el recurso de casación; que siendo el desistente el actor, no tiene ya razón de ser el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, y que un tercero reconocido como parte en el juicio durante el recurso de casación, pierde sus derechos de parte con el hecho del desistimiento del actor. Se ha apartado la Corte en este fallo de la jurisprudencia constante sentada en fallos anteriores, y que prescribe el artículo 95 de la Ley 105 de 1890, según el cual, «toda persona que haya promovido un recurso o propuesto un pleito, puede desistir de él expresa o tácitamente. El desistimiento del recurso se hará ante el mismo Juez que lo haya concedido, si el expediente no hubiere sido remitido al superior, o ante éste, si ya lo hubiere recibido. El desistimiento del pleito se hará ante el Juez o Tribunal que esté conociendo de lo principal del asunto.» Conforme a este artículo no podía la Corte admitir el desistimiento del pleito porque no le incumbía juzgar sino únicamente lo concerniente al recurso de casación y a las cuestiones que son de la naturaleza jurídica de ese recurso extraordinario. Ahora, que unos usufructuarios como eran los señores Tanco y Gómez, reconocidos como *parte* ante la Corte en el pleito, pierdan sus derechos de opositores por la circunstancia del desistimiento presentado por el actor en el juicio, y que también los pierda la parte demandada que ha recurrido en demanda de casación contra la sentencia del Tribunal, es cosa delicada, primeramente porque a los usufructuarios les interesaba que se sostuviese el fallo del Tribunal que había declarado la interrupción civil de la prescripción adquisitiva a favor de la Compañía demandada, y luégo porque ésta misma tenía manifiesto interés en que la Corte casase la sentencia de instancia para que así se declarase a su favor la prescripción adquisitiva del derecho real de dominio sobre las aguas del río Bogotá. Resume así el Relator los puntos principales del salvamento de voto del Magistrado doctor Juan N. Méndez, el cual agrega lo siguiente: «Disiento también de la doctrina que sienta la mayoría de la Corte, referente al carácter y situación jurídica que en el pleito corresponden a Gómez Tanco S., en virtud de la providencia de la Corte que les reconoció el carácter de *parte* en el juicio, hallándose éste en el estado de recurso de casación. Estos señores, a título de adquirentes del usufructo del terreno a que se refiere este pleito, solicitaron que en razón de título propio e independiente del de su causante, se les diese entrada en el juicio, y así se les concedió. Título propio lo tenían puesto que el usufructuario es dueño de una especie de propiedad con sus atributos. Es cierto que son causahabientes del nudo propietario, pero esto no basta para que se les vincule de una manera absoluta a los pleitos que éste promueva. Hay principios y disposiciones muy claras que regulan en este caso las relaciones de los dos. La mayoría de la Corte no los ha considerado para nada, y a pesar de su importancia decisiva en este negocio declara, sin ambages, que «el hecho de haberlos admitido como parte no puede tener otro objeto que el que pudieran exponer lo que tuvieran a bien, coadyuvando la oposición al recurso.» Para la mayoría de la Corte el concepto jurídico de *parte*, en el caso de intervención de un causahabiente singular, es siempre idéntico al de coadyuvante, cuando tal intervención se hace durante el recurso de casación, sin que tal entidad, agrega la sentencia, «necesite más demostración ante el estado actual del negocio y la situación actual de las partes.» Lejos de no necesitar más demostración tal tesis, la sentencia ha debido patentizar que los principios a que hago alusión o no existen o son inaplicables al caso. ¿Y cuáles son esos principios? Siempre que me veo en la obligación de apartarme de la respetabilísima opinión de mis colegas, acostumbro reemplazar mis propios razonamientos con cita de doctrinas de autorizados expositores: «Los causahabientes a título particular deben sufrir los efectos de los procedimientos y sentencias que resulten contra su causante, antes del nacimiento de su propio derecho, como habrían de sufrir los efectos de los contratos que él hubiera celebrado antes de ese tiempo.» Pero ellos *son terceros* cuanto a los procedimientos y

Págs.

DESLINDE. 107- En estos juicios priman los títulos sobre la simple posesión material que aleguen los interesados.

En un juicio de reivindicación en que se aludió a uno de deslinde alegó el recurrente en demanda de casación contra la sentencia de un Tribunal, que éste había incurrido en error de derecho cuando no estimó que con ciertas declaraciones de testigos se había comprobado la posesión del actor sobre el terreno en litigio. «Nada se oponía, dijo el recurrente, a que el Tribunal a falta o por deficiencia de otros títulos, reconociera al señor Arango derecho de dominio sobre la totalidad del terreno que se ha propuesto reivindicar por haberlo poseído con las condiciones legales por más de cuarenta años. No tiene razón el Tribunal, agrega, cuando afirma que cualquier acto posesorio que se haya querido acreditar carece de importancia en el debate.»

Dice la Corte:

«Suponiendo que se hubieran probado actos de posesión sobre los terrenos en disputa por parte del señor Arango, no era obligatorio para el Tribunal tenerlos en cuenta como elemento ilustrativo para variar la línea del deslinde, si de otro lado, del examen de los títulos halló que parte de tales terrenos no pertenecían al demandante. Es cierto que en defecto de los títulos puede ser dato aprovechable para fijar un lindero la posesión que aleguen los interesados, pero en todo caso prefieren las voces de los títulos.» (1) (Casación, XXXVIII, número 1877, marzo 9 de 1931)..... 566, 2ª

DICTAMEN PERICIAL. 108—En un juicio de rescisión por lesión enorme se alegó en el recurso de casación el quebrantamiento del artículo 668 del Código Judicial (2) por no haberse notificado el auto que ordenó poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial. «Como sin el cumplimiento de dicha formalidad, dice el recurrente, no puede la prueba pericial tenerse como tál, pues que sin ella no puede considerarse como depurada de los defectos de que pueda adolecer, síguese que al peritazgo de primera instancia, a que se ha hecho referencia, como que lo afecta dicha irregularidad, no podía el Tribunal reconocerle valor probatorio alguno, y al hacerlo, como lo hizo, reconociéndolo como plena prueba, incurrió en error de derecho que hace casable la sentencia.»

«Considera la Corte que, en efecto, la prueba pericial de que se trata quedó incompleta, desde luégo que no se notificó a las partes el auto por el cual

fallos sucedidos con posterioridad a su adquisición. Su causante, que en este momento no podría disminuírles por convención algunos de sus derechos que él les transmitió, no puede tampoco comprometerlos a virtud de los procesos que sostenga. A partir del día en que el antecesor ha transmitido su derecho sobre la cosa litigiosa, carece ya de calidad para comprometer en litigio ese derecho. Las sentencias dictadas en pleito con el vendedor, ha dicho la Corte de Casación—Francia— pueden oponerse al comprador, no así las dictadas cuando el primero ha dejado de ser propietario; *en este caso el comprador no puede considerarse como causahabiente del vendedor.* (Tissier). *Theorie et Practique de la Tierce Opposition*).

(1) Véase la doctrina que contiene el número 1246, tomo 3º, de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) Artículo 719 del actual Código Judicial.

Págs.

se ordenó poner en su conocimiento la exposición de los peritos..... Prospera, pues, en esa parte la acusación del recurrente, en virtud del error de derecho que alega, y habrá de casarse en dicho punto la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la primera en todas sus partes.» (1) (Casación, febrero 25 de 1931), XXXVIII. 458, 2ª y 459 2ª

DIVISIBILIDAD DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA CUANDO EL OBJETO DE LA VENTA ES DIVISIBLE. 109—Carlota Escobar, viuda de Monedero, vendió a Matías Plaza unos bienes raíces a largo plazo por la suma de $ 24.269 pesos de diez décimos; otorgó testamento la vendedora, incluyó en él el crédito contra Plaza e instituyó como herederos, entre otros, a Gabriela Monedero, su hija legítima. En el juicio de sucesión correspondiente se incluyó el crédito por la suma que fue el precio de la venta y en la partición se le adjudicó a Gabriela la suma de cuatro mil novecientos sesenta y tres pesos con seiscientos veinticinco milésimos de peso ($ 4. 963,625). Muerto Plaza demandó Gabriela a sus herederos para que se declarase la resolución del contrato de compraventa entre Carlota y Plaza, con la consiguiente indemnización de perjuicios. Tanto el Juzgado como el Tribunal rechazaron la acción instaurada. Se ocurrió en casación contra la sentencia del Tribunal por violación de los artículos 1155, 1401, 1546 y 1930 del Código Civil, «por haber sido, se dijo, interpretados erróneamente, puesto que el Tribunal ha deducido de los dos últimos artículos una acción indivisible para los herederos.»

Sobre ese punto dijo el Tribunal:

«Con todo, con ser que en principio la actora puede demandar, como lo hizo, la resolución del contrato, en lo que a la parte del crédito a cargo de los herederos del señor Matías Plaza le correspondió en la sucesión de la vendedora doña Carlota Escobar, como asignataria legítima, por la naturaleza de la acción resolutoria, que no admite que el contrato se resuelva en parte y en parte no, lo que quiere decir que el contrato no puede resolverse sino totalmente, la demanda resulta ineficaz en este caso, por la no concurrencia de los demás asignatarios del crédito en mención a demandar de consuno con la señora Monedero. Es cierto que la equidad se resiente, porque no es justo que quien tiene su derecho definido no lo pueda ejercitar sino con el concurso de sus acreedores; pero esta solución la impone la propia naturaleza del vínculo jurídico, al cual, además de la demandante, quedaron sujetos los demás asignatarios entre quienes fue dividida la acreencia. Faltó, pues, que hubieran obrado de consuno los que a dicho crédito tenían derecho, aunque hubiera sido respecto de la cuota que a la actora le correspondió en la sucesión.»

La Corte estimó fundado el cargo y casable la sentencia «por las mismas razones que sobre este mismo punto expuso en casación de veintiséis de febrero de mil novecientos treinta, en el juicio seguido por Pedro Pablo Cardoso y María Etelvina Cardoso contra el doctor Santos Palma. Allí dijo la Corte:

(1) Concordancia: números 2058, 3236, tomo 3º, «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

«La acción resolutoria es, por regla general, divisible, cuando, como en el caso de la presente litis, se refiere a un objeto susceptible de división material, intelectual o de cuota. Así se desprende de los principios que gobiernan la indivisibilidad de las obligaciones, de conformidad con los artículos 1581 y siguientes del Código Civil, y lo profesa la jurisprudencia más aceptable. La francesa tiene admitido (con algunas excepciones que ahora no vienen a propósito), que 'la acción de resolución es divisible, tanto del lado del vendedor como del lado del comprador, cuando el objeto de la venta es divisible en sí mismo. Así, cuando el vendedor deja varios herederos, cada uno de ellos tiene la acción resolutoria por su parte y porción. (*Jurisprudencia General*, Dalloz, tomo IV, 1ª parte, edición de 1905 a 1907).' Para fundar la sentencia de instancia que reemplazó la del Tribunal agregó la Corte: «Es un h cho plenamente acreditado en este juicio que Matías Plaza no pagó a Carlota Escobar, viuda de Monedero, las fincas que ésta le vendió por escritura número 289, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Buga, el catorce de noviembre de mil ochocientos noventa. Muerta la vendedora, señora Escobar de Monedero, le sobrevivieron sus cuatro hijos legítimos, Gabriela, Miguel, Elisa y María de Jesús Monedero, sus nietos Elena y Tránsito Monedero, según consta en la cuenta de partición de que arriba se ha hecho mérito. Consta allí mismo que en la sucesión de la expresada señora Escobar de Monedero, se inventarió el crédito contra Matías Plaza, por veinticuatro mil doscientos sesenta y nueve pesos, precio de la venta cuya resolución se pide, y que de ese crédito se adjudicó a la demandante Gabriela Monedero la suma de cuatro mil novecientos sesenta y tres pesos, seiscientos veinticinco milésimos de peso. De consiguiente, la resolución demandada por Gabriela Monedero sólo puede prosperar en lo referente a la expresada parte alícuota que se le adjudicó en el crédito, y así ha de ser decretada de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 273 del Código Judicial, viniendo a quedar en consecuencia, la precitada demandante Gabriela Monedero, en comunidad con los herederos de Matías Plaza, en una cuota de dominio de valor de cuatro mil novecientos sesenta y tres pesos y ciento veinticinco milésimos de peso ($ 4,963-625), en todos los bienes vendidos por medio de la escritura número 287.... proporcionalmente y relativamente al precio por el cual fueron vendidos dichos bienes, que es el de veinticuatro mil doscientos sesenta y nueve pesos.» (1) (Casación, diciembre 19 de 1930), XXXVIII..... 389, 1ª y 2ª

Págs.

DOBLE CONDENA POR UN SÓLO HECHO DELICTUOSO. 110—Se viola con ella el principio de *non bis in idem*.

Cierto individuo puso veneno en los alimentos que otro debía comer, el cual no los comió, pero sí un niño de quince meses de edad que murió a consecuencia del tósigo. Se condenó al acusado a veinte años de presidio por el delito de envenenamiento, y a cinco de reclusión por la tentativa del mismo delito, por lo cual fue atacada la sentencia del Tribunal como violatoria del principio jurídico de *non bis in idem*.

Dijo la Corte al casar por este aspecto la sentencia recurrida:

«Si una vez colocado el pan envenenado en la casa de Vicente Sánchez con el fin de causarle la muerte en la forma ya conocida, éste, por cualquier motivo, como así sucedió, no lo hubiera comido, es decir, si las cosas no hubieran pasado más adelante, sin que hubieran producido resultado alguno, es claro que el hecho delic tuoso ejecutado por Baldomero Hernández habría correspondido a la entidad especial delictuosa que contempla la primera parte del artículo 631 del Código Penal, y que en ciencia penal se conoce con el nombre de delito formal. Mas no es esa la situación que aquí se presenta, pues por consecuencia de los actos realizados por el acusado sobrevino la muerte del niño Daniel Sánchez, y entonces surgió una entidad delictuosa, de tal gravedad y de tal importancia, que todos los actos se miran como una sola entidad; considerar como delitos cada uno de esos actos, sería tanto como sancionar a un mismo tiempo, y por separado, los actos preparatorios, los que dan principio a la ejecución y la ejecución misma, como delito consumado. Desde luégo que nuestro Código Penal establece en el artículo 594, que 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, fue porque estimó el legislador que, no mediando en esos casos sino una sola intención y resolución criminal y unos mismos actos realizados para conseguir el propósito criminoso, no podían existir dos delitos sino uno solo, aun cuando la persona ofendida fuera distinta de la que se pensaba ofender o perjudicar; pues como lo anota brillantemente el señor Procurador, el delito consumado en el caso de este proceso, destruye con su existencia la tentativa, 'toda vez que es jurídicamente imposible que en un hecho punible haya

(1) El artículo 273 citado es hoy el artículo 210 del nuevo Código Judicial.

Págs.

la doble entidad de tentativa y delito consumado.' No hay duda, por otra parte, que al considerar por diversos aspectos un mismo hecho delictuoso con el fin de imponerle al responsable varias penas, se viola el principio tan antiguo como acertado del *non bis in idem*. En consecuencia, las tachas que en este capítulo de la demanda se hacen a la sentencia recurrida, están justificadas y deben prosperar.» (Casación, febrero 19 de 1931), XXXVIII.. 394, 1ª y 2ª

DOLO. 111—Seguido un juicio de sucesión de una persona, homónima de otra, e inventariados y partidos como de aquélla los bienes que eran de ésta, se declaró nulo el juicio y nula la partición. En tal juicio fue excluída deliberadamente la cónyuge supérstite del verdadero dueño de los bienes y los declarados herederos en él; tan pronto como prosperó ante el Tribunal la acción de la cónyuge sobre nulidad del juicio y rescisión de la partición, interpusieron recurso de casación ante la Corte diciendo que el Tribunal había considerado la nulidad del juicio como sustantiva, haciendo la declaración en hechos que generan acciones sustantivas, puesto que dijo, «por haber versado sobre bienes que no correspondían a la sucesión, y a la vez haber reconocido como a sus legítimos herederos, individuos procreados por otro homónimo, en matrimonio extraño.»

«A esto se observa que el fundamento que tuvo el Tribunal para declarar la nulidad del juicio sucesorio, fue la carencia de personería de los que figuraron en él, y haber dejado de incluír al cónyuge sobreviviente, hechos que considera como dolosos, ya que tenían por objeto inferir daño al cónyuge excluído. En el fondo, fue el dolo la razón fundamental del fallo. Dice así el Tribunal: 'Ahora bien: los presuntos herederos de Isaías Martínez Patiño se valieron, para obtener los inventarios, de una copia de la partida de defunción de quien no era su ascendiente, y con base en ella, hicieron practicar los inventarios y avalúos de los bienes de propiedad del verdadero ascendiente, y luégo se los repartieron, prescindiendo a la vez del cónyuge sobreviviente. Tal procedimiento, no solamente ha generado la nulidad del juicio, en cuanto a su gestación y sustanciación posterior, por carencia de personería de quienes han intervenido en el juicio y por haber dejado de incluír nada menos que uno de los socios de la sociedad conyugal, sino que lleva en sí el sello de una nulidad absoluta, en cuanto a la partición de los bienes, porque la partición se equipara a un contrato, en el cual varios condueños han convenido en hacer cesar el cuasicontrato de comunidad, repartiéndose los haberes que antes constituían un acervo común, y en donde—se entiende—están representados todos los coasignatarios o partícipes del haber hereditario. Pero si por excluír, no a uno de los herederos, sino a quien era socio del causante a quien se hereda, o quien por lo menos tenía derecho a hacer valer derechos expresamente determinados en nuestro Código Civil, se levanta una prueba apócrifa, y con ella se sigue un juicio de sucesión a espaldas del verdadero causante, y especialmente de quien se considera cónyuge sobreviviente, se reparten esos bienes y se obtiene hasta la posesión material de ellos, todo esto está demostrando con una claridad meridiana el *dolo* con que se procedió.....» (Casación, noviembre 25 de 1930..... 303, 1ª y 304, 1ª.

La Corte observa que si el Tribunal incurrió en error al calificar de nulidad absoluta la apuntada, en la parte resolutiva de la sentencia se declaró la nulidad relativa que engendró la acción rescisoria de la partición.

DOMINIO. 112—(La simple inclusión de bienes en los inventarios de una sucesión no es prueba del dominio de ésta sobre ellos). En un juicio ordinario en que el heredero de la señora Julia Quintero de Riomaña solicitaba la nulidad de una hipoteca constituída por el señor Rogerio Riomaña sobre bienes que se decían ser de propiedad de la sucesión de aquélla, y la nulidad del acta de remate de ellos por no haberse pedido previamente licencia judicial para el remate en razón de haber herederos menores de edad, se alegó como motivo de casación de la sentencia del Tribunal, entre otros, el de violación directa de ley sustantiva consistente en que «a pesar de hallarse probado que el inmueble reclamado (por ser el remate nulo), se halla incluído en los inventarios de la mortuoria de Julia Quintero, el Tribunal no estima que sea de la mortuoria, con lo cual viola el artículo 1388 del Código Civil, que exige decisión de la justicia ordinaria en la cuestión sobre propiedad de las cosas de una mortuoria en que alguien pretenda propiedad exclusiva.»

Hé aquí la doctrina de la Corte:

«Si como demostración plena del dominio se refiere el hecho de la inclusión del inmueble en los inventarios del abintestato de la señora Quintero de Riomaña, la Corte no encuentra el error de hecho ni de derecho, comoquiera que la propiedad de los inmuebles sólo se puede establecer por los medios legales, entre los cuales no se hallan los denuncios dados al practicar los inventarios de los juicios de sucesión, ni la simple inclusión en ellos de los bienes denunciados.» (1) (Casación, XXXVIII, número 1877)..... 548, 2ª

DUDA. 113—Una sociedad de comercio prestó a uno de los socios de otra sociedad una suma de dinero por medio de un cheque que giró a cargo de un banco y a favor del prestatario. Al cobrarse en juicio ordinario el pago de la

(1) Concordancia: números 1310, tomo 2º, de la «Jurisprudencia de la Corte,» 2806 de la «Jurisprudencia de los Tribunales,» tomo 1º

Págs.

suma prestada a la sociedad de que formaba parte el socio que recibió el dinero, se alegó que éste lo había recibido en su nombre particular, y no para la Compañía. Condenada al pago, y recurrida ante la Corte en casación la sentencia del Tribunal por la Compañía demandada, se alegó violación del artículo 321 del Código Judicial, pues aun admitido, dijo el recurrente, que el mencionado cheque fuera un indicio del negocio, la actitud vacilante de la parte actora en cuanto al verdadero deudor, implica a lo menos serias dudas de que el préstamo se hubiera formalizado legalmente entre las dos sociedades, dudas que debieron ser resueltas en favor de la parte demandada.»

«Se observa: Incumbe al Juez de instancia, en vista de las pruebas aducidas por una y otra parte, apreciar todo caso en que debe decidirse la litis con aplicación al citado artículo 321 del Código Judicial, y por lo mismo, apreciaciones semejantes no pueden destruírse en casación mientras no se demuestre un error evidente de hecho o un error de derecho que haya ocasionado tales dudas.» (1) (Casación, diciembre 3 de 1930), XXXVIII. 353, 1ª

E

EMPLEADO DE MANEJO. 114—El empleado de manejo que hace uso para efectos privados de caudales o efectos pertenecientes a la Hacienda Nacional, incurre en el delito de extravío, usurpación, malversación o mala administración de tales caudales o efectos. (Auto, marzo 14 de 1931) 465, 1ª

ENJUICIAMIENTO. 115—El auto de enjuiciamiento «constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda.» (Casación, XXXVIII, abril 15 de 1931) 527, 1ª

ENTREGA DE GANADOS EN PARTICIPACIÓN DE UTILIDADES. CONSTITUYE UNA SOCIEDAD DE HECHO. 116—La Corte tiene sentada la doctrina de que el contrato por el cual uno de los contratantes le entrega al otro cierto número de reses para un negocio que éste debe administrar en participación con aquél, constituye una sociedad de hecho, y el dueño de las reses tiene derecho a que se le liquiden las operaciones y a sacar su parte. (Casación, agosto 23 de 1930, XXXVIII, 70, 1ª). Véase también la sentencia de casación de 13 de noviembre de 1914 (2), XXIV..... 281, 1ª

Págs.

ENUNCIACIONES EXTRAÑAS AL OBJETO ESPECÍFICO DE LA TRANSACCIÓN. 117—En una querella de policía transigieron sus diferencias ante el Alcalde, por medio de un documento privado, tanto el representante de una comunidad como el individuo que ocupaba un lote de la misma, ya para que aquélla explotara en ese lote unas minas de carbón, ya para que el ocupante fuese indemnizado por la comunidad de los daños que se le pudieran causar en las mejoras que tenía en él. Iniciado por los comuneros juicio de reivindicación del lote contra el ocupante, opuso éste la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, que fue decidida a su favor en primera instancia y negada en la segunda. Recurrió en casación el demandado alegando que el Tribunal «al pretender que con la expresión del acta de que los terrenos ocupados eran de propiedad de la comunidad de Guaca, Montoya renunciaba a su derecho de dominio y a sus excepciones y exposiciones, cuando la transacción recaía sobre objetos específicos..... violó directamente el artículo 2485 del Código Civil, «pues la transacción había recaído sobre cosas distintas al dominio de ese lote y que así, la frase..... 'y que son de propiedad de la comunidad,' puesta en el documento por Montoya o el demandado, en nada se oponía a su ánimo de prescribir el lote reivindicado.»

Dijo la Corte al casar la sentencia del Tribunal:

«La declaración de Montoya, concerniente a la propiedad de los terrenos que ocupa, fue hecha fuera de juicio, en un acta pasada ante un funcionario público competente, esto es, en un documento auténtico (artículo 678, Código Judicial) (1). Esa acta constituye, pues, un acto de los definidos en Derecho Civil por *actos de reconocimiento*, o sean aquellos documentos redactados para dejar constancia de la aquiescencia que una persona otorga a otra respecto de un derecho real o personal, derivado de título anterior. Esta clase de declaraciones se rige en materia de pruebas, no ya por meras disposiciones del Código de Procedimiento, relativas a la confesión extrajudicial, sino que han de aplicarse los principios de derecho y los preceptos positivos que rigen la fuerza probatoria de las declaraciones y enunciaciones hechas por las partes en los instrumentos públicos. Ya dejaron transcritos los objetos específicos sobre que versó el convenio de transacción, celebrado entre la comunidad y Montoya. Con ninguno de ellos tiene conexión *ratione materiae* la frase mencionada, porque ni en la querella de policía a que puso fin el convenio, ni en las estipulaciones de éste, fue materia ventilable o transigible la propiedad del terreno; tal frase se puso como un agregado incidental, como una mera enunciación, y como tal, se halla sujeta en cuanto a su fuerza probatoria a

(1) El artículo 321 del antiguo Código Judicial es hoy el 234 del nuevo.

(2) Concordancia: número 2433, tomo 2º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(1) Artículo 632 del Código Judicial actual.

Págs.

la disposición del artículo 1765 del Código Civil, en relación con el 2485 ibídem. Ordena aquel artículo: 'El instrumento público o privado hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.' Ordena el artículo 2485: 'Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho o pretensión deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige.' En este caso, enseñan los expositores que 'cuando la enunciación no tiene relación directa con lo dispositivo, de modo que éste aparezca íntegro sin ella, no puede racionalmente presumirse que la intención de las partes contratantes se haya fijado por igual en lo dispuesto y en lo enunciado. Las enunciaciones extrañas no bastan por sí solas como prueba, sino que pueden servir de adminículo, a fin de justificar el hecho enunciado con la ayuda de otras pruebas.' En desarrollo de esta doctrina, trae el expositor Pothier un ejemplo, que viene muy al caso en la presente litis: 'Si en la escritura en que se hace constar la venta de una heredad, el vendedor ha enunciado que ésta provenía de cierta sucesión, tal enunciación no ha podido atraer la atención del comprador sobre una circunstancia que apenas tiene una relación indirecta con la convención principal. No se podría, pues, más tarde, si se reclama este inmueble como de propiedad de la sucesión, prevalerse contra el comprador del hecho de haber aceptado y firmado el instrumento en que se hallaba esa enunciación incidental.' Y si eso se dice de una enunciación sobre propiedad, consignada en el título mismo de enajenación, ¿cómo sostener que la hecha en un juicio de policía, con ocasión de arreglos completamente ajenos al punto de propiedad, sea prueba irrefragable de haber cambiado Montoya su título de poseedor prescribiente por el precario de mero tenedor, o prueba de haber renunciado a una prescripción que el mismo Tribunal reconoce consumada, según pruebas fehacientes? En el caso actual, no era la enunciación de Montoya la que podía prevalecer sobre la prueba de testigos con que estaba establecido su título de prescripción, sino por el contrario, esta prueba testimonial era la preferente. La sentencia es casable.» (Casación, febrero 26 de 1931), XXXVIII..... 461, 1ª y 2.ª

ENVENENAMIENTO. 118—Cierto individuo puso veneno en los alimentos que otro debía comer, el cual no comió, pero sí un niñito de quince meses de edad, probablemente hijo del mismo envenenador. Como muriese el niño a consecuencia del tósigo, fue condenado el envenenador a la pena de veinte años de presidio. En casación, alegó el recurrente que el llamamiento a juicio debió ser por homicidio y no por envenenamiento.

Dijo la Corte:

«El Tribunal, al revisar el auto de proceder, hizo un juicioso estudio acerca del punto anterior que suscita en casación el recurrente, exponiendo razones que no han sido en forma alguna examinadas ni rebatidas en la demanda de casación, y las cuales reproduce la Corte como fundamento en esta parte del fallo, por estar de acuerdo con ellas: 'Claro que el envenenamiento es un homicidio con caracteres de asesinato. Pero por ciertos casos, por su modalidad especial, por su finalidad, que puede ser colectiva o individual, o la de causar un mal menor que la muerte, por los grados que a la misma tentativa, o al delito fustrado en relación con este delito, da la ley una reagravación, el Código ha clasificado en un capítulo especial del mismo Título 1º del Libro 3º, distinto de la especificación del homicidio, pues éste está en el capítulo 1º, y el envenenamiento en el 2º del mismo Título y Libro. 'La técnica jurídica ha establecido lo anterior, y la aplicación del procedimiento manda, en el artículo 345 de la Ley 105 de 1890, que al formular el cargo, en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento se mencionará el delito con la denominación que le da el Código Penal en el respectivo capítulo o en el correspondiente Título, cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, heridas, robo, hurto, estafa, delito y culpas contra los funcionarios y empleados públicos, etc., sin calificar, desde luégo, si el homicidio fue premeditado, involuntario o de otra especie, ni señalar algún artículo especial en el capítulo o sección correspondiente de la ley penal que trate del delito materia del proceso. 'Este es un envenenamiento. Tiene un capítulo especial en su título y libro correspondiente, luego debe llamarse a juicio con la denominación que le da el Código al delito. De no hacerlo así, incurriríase no sólo en error técnico y de procedimiento judicial, sino en nulidad, al tenor de lo que para el caso contempla el artículo 264 de la Ley 57 de 1887, que preceptua:' produce nulidad en los juicios criminales..... '7º Haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, a la época y lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido." (Casación, febrero 19 de 1931), XXXVIII..... 393, 1ª y 2ª

Págs.

EQUIVOCACIÓN RELATIVA A LA DENOMINACIÓN GENÉRICA DEL DELITO. 119—Alegó un recurrente que se había incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, lo que está previsto como nulidad por el numeral 7.° del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, porque en el auto de proceder no mencionó el Juez el delito o delitos por los cuales se interrogó más tarde al Jurado, sino que solamente se limitó a mencionar los capítulos 1.°, títulos 1.° y 3.° del Libro 3.° del Código Penal. El Tribunal dijo: «Si bien es verdad que el artículo 345 de la Ley 105 de 1890 dispone que se enuncie el delito con la denominación que le da el Código Penal, también lo es que la determinación o especificación del capítulo, título y libro indican de qué delito o delitos se trata, sobre todo en casos como el actual, en que en el respectivo capítulo sólo se trata de un delito, pues en el 1.° del título 1.°, libro 3.° del Código citado, únicamente se contempla el homicidio, y en el 1.° del título 3.° del mismo libro, el delito de robo, de manera que no hay lugar a dudas.....»

«Quizá podría tener razón el Tribunal en sus anteriores apreciaciones, dice la Corte, si la parte motiva del auto de enjuiciamiento hubiera hecho la discriminación necesaria, detallando los elementos del cuerpo del delito y de la responsabilidad por los dos delitos de homicidio y robo, mas en la parte expositiva de esa providencia se guardó silencio acerca de este último delito. ....La formulación de cargos de una manera tácita en el auto de proceder, no puede constituír una simple irregularidad, como lo sostiene el Tribunal; el auto de proceder, como ya ha tenido ocasión de expresarlo esta Sala, repetidas veces, constituye la demanda que el Juez, en nombre del poder social presenta contra el acusado para que éste se defienda, y nadie, ni aun en materias civiles, puede contestar o defenderse de tácitos pedimentos o declaraciones. En cuestiones civiles es necesario consignar con la mayor nitidez qué es lo que se pide, y en las penales en que se ventilan intereses de un orden más elevado, se impone severamente la necesidad de que el acusado conozca con la mayor claridad y precisión, cuál o cuáles son los cargos por que debe responder; pues de otra suerte no se cumple con el mandato constitucional, que dispone que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, observando la plenitud de las formas propias de cada juicio» (1). (Casación, enero 28 de 1931), XXXVIII..... 355, 2ª, y 356, 1ª

En consecuencia, declaró la Sala de Casación en lo criminal de la Corte, nulo el juicio desde el auto de proceder en adelante, de conformidad con el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, en relación con el artículo 345 de la Ley 105 de 1890.

(1) Hubo salvamento de voto del doctor Juan C. Trujillo Arroyo, que tacha la sentencia de «formalismo exagerado, reñido con la jurisprudencia.» El salvamento se refiere también a motivos de fondo.

Págs.

ERROR 120—En un juicio ordinario sobre reinvindicación en que el demandado, que fue condenado a la restitución, acudió en casación ante la Corte contra la sentencia del Tribunal, alegó que «incurrió el Tribunal en error de hecho al tomar como punto de partida para apreciar si estaba o no cumplida la prescripción invocada, la escritura número 209 de treinta y uno de julio de mil novecientos quince, en vez de ser la 367 de mil ochocientos noventa y cuatro, según se ve por lo explicado en el cuarto motivo y en otros lugares.....»

«No dice el recurrente en qué consiste el error, y por ello el cargo es infundado en casación.» (1) (Casación febrero 20 de 1931), XXXVIII..... 453, 2ª

— 121—Hubo error, dijo un recurrente, por haber admitido el Tribunal declaraciones de testigos que adolecían de incongruencias y graves contradicciones.

«Conviene añadir que en el supuesto de estar demostrado el error en la apreciación de los testimonios, el cargo no sería aceptable en casación, por cuanto el recurrente omitió citar las disposiciones sustantivas sobre pruebas que resultaran violadas por consecuencia de dicho error.» (2) (Casación, febrero 4 de 1931), XXXVIII..... 434, 1ª

— DE CUENTA 122—Ejecutado The Anglo South American Bank Limited como cesionario de The Comercial Bank of Spanish American Limited para el pago de una suma de pesos por concepto de impuesto sobre la renta, excepcionó de error de cuenta, alegó que no tuvo utilidades gravables durante el lapso de tiempo sobre el cual se liquidó el impuesto y manifestó que si era cesionario de la última entidad no era sucesor universal de ella.

«La Corte ha declarado, ciertamente, que la excepción de error de cuenta consiste no solamente en que estén erradas las partidas y deducciones aritméticas de una cuenta, que en cualquier momento pueden subsanarse, sino en no deber el ejecutado la suma que se le cobra, por no radicar en él la obligación o por estar eximido de ella por algún otro concepto.» (3) (Sentencia, Sala de Negocios Generales, julio 30 de 1930), XXXVIII..... 191, 2ª

— DE HECHO. 123.—En el juicio ordinario que siguió Ezequiel Hoyos contra la Compañía Colombiana de Seguros, sobre pago de un

(1) Concordancia: número 1524, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) Concordancia: número 1488, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(3) Concordancias: número 1505, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.» Desacorde en parte con la doctrina de la Corte está la del Tribunal del Socorro, número 2029. Tomo 1º de la «Jurisprudencia de los Tribunales.»

Págs.

seguro, estimó el Tribunal de Bogotá que en el contrato de seguro de un ingenio de azúcar no había quedado comprendido el bagazo, lo cual dio asidero para acusar al sentenciador de haber incurrido en error de derecho al apreciar sobre este punto la prueba del contrato, cuando dijo que «desde que en la póliza se hace alusión a las existencias de azúcar, y se guarda silencio acerca del combustible que también debía encontrarse en el mismo edificio, es porque la intención de las partes fue únicamente la de amparar con el seguro el primero de tales artículos, según el conocido aforismo de derecho que invoca el demandado: *inclusio unius exclusio alterius.*»

He aquí la doctrina de la Corte:

«La Corte estima improcedente el cargo en la forma en que se aduce, porque el error, si lo hubiese, sería de hecho y no de derecho. En efecto, es una cuestión de hecho el interpretar la voluntad de las partes al celebrar un contrato, y en el caso de esta litis, es de hecho el punto relativo al alcance que tuviera en la mente de los otorgantes la transcrita cláusula de la póliza acerca de la enramada destinada para bagacera y depósito de azúcar. Además, aunque se hubiera acusado por error de hecho, sería preciso demostrar que la interpretación del Tribunal es absolutamente contraria a la evidencia, lo cual ciertamente no se ha logrado.» (1) (Casación, XXXVIII. número 1868, agosto 27 de 1930)..... .... 126, 2ª

ERROR. 124—Fue acusada una sentencia de error de hecho por haber dejado de apreciar el Tribunal las pruebas referentes a un hecho determinado.

«En derecho de casación, cuando se acusa una sentencia por error de hecho en la apreciación de pruebas, ya por haberlas estudiado con evidente error, ya por no haberlas considerado en absoluto, es necesario que el recurrente designe especialmente la prueba o pruebas respecto de las cuales exista el error, y el concepto en que fueron mal estimadas. 'Se determinarán una a una las pruebas mal apreciadas,' ordena el inciso 2.° del artículo 9º de la Ley 90 de 1920. 'El recurrente al formular este motivo prescinde de aquella designación individual y el cargo, por consiguiente, resulta ineficaz.' (2) (Casación, XXXVIII, número 1869, octubre 29 de 1930) 210, 2ª

ESCRITURA PÚBLICA. 125—Se admitió como prueba de un contrato que se había celebrado por escritura pública, la inserción que de esa escritura aparecía en la *Gaceta de Cundinamarca,* autenticado un ejemplar de ella por el Secretario de Gobierno del Departamento.

(1) Concordancias: números 1471, 1476, 1481, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» 881, tomo 2º. 1523, 1526, tomo 3.°

(2) Concordancia: número 1529, tomo 3.°, «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

«El referido documento no llegó a los autos sino impreso en un ejemplar autenticado por la Secretaría de Gobierno de la Gobernación de Cundinamarca, presentado por el apoderado de dicha parte con su alegato de bien probado que produjo ante el Tribunal al concluír la segunda instancia del juicio. Esta sola consideración basta para concluír que el documento de que se trata no debió ser estimado como prueba en la sentencia recurrida, y como el Tribunal sí lo apreció como tál y en él fundó todo su fallo, incurrió en el error de derecho que acusa el recurrente, y es por tal motivo casable la sentencia.» (Casación, noviembre 13 de 1930), XXXVIII..... 287, 1ª

El recurrente dijo: «Se ha violado, por tanto, no solamente el inciso 1.° del artículo 8º de la Ley 20 de 1923, sino de una manera directa el artículo 864 del Código Judicial (1), que ordena imperativamente que las escrituras públicas se presentarán en copia auténtica, y como la escritura número 1170 de 13 de julio de 1920, se presentó en forma distinta, la sentencia violó el artículo 2604 del Código Civil, y por esta circunstancia la sentencia es violatoria de ley sustantiva, pues le dio valor de escritura pública a un papel en el cual se halla impreso un contrato que se dice celebrado entre el Dapartamento y la Compañía demandada.»

ESPECIFICACIÓN DE LA COSA REINVINDICADA. 126 Se demandó conjuntamente en un juicio de reinvindicación a varios individuos que poseían cada uno por separado determinadas porciones de un globo de terreno. Como rechazase la acción el Tribunal se alegó en casación que «los demandados, en primer lugar, no forman sino una sola parte, puesto que sostienen una misma pretensión, y en segundo lugar, porque ellos poseen el terreno como comuneros; pues aunque se dividió ese terreno y se aprobó la partición, ella no se registró en el libro número 1.°, y por tanto, los demandados, individualmente, no han adquirido posesión legal.»

Dijo la Corte:

«El hecho de que el Código Judicial llame *parte* al grupo de individuos que sostienen una misma pretensión no implica que los individuos que figuran como demandados posean en común la cosa reinvindicada; cada uno de ellos puede poseer porciones determinadas en la cosa demandada y a diversos títulos, y hay que demandar a cada uno para que responda por lo que posee a ese título. Además, en el caso presente, los demandados no son comuneros, puesto que la partición de esos bienes fue aprobada, y si ella no fue registrada en el libro

(1) Está errada la cita: se trata del artículo 684. Hoy el artículo 630 del nuevo Código Judicial. (Ley 105 de 1931).

Págs.

en que debía serlo, eso no es óbice para que los actuales demandados se consideren dueños exclusivos de la porción que poseen; pero aun suponiendo que los demandados no tuvieren título ninguno de propiedad, basta que ellos se consideren meros tenedores de una porción de terreno, para que contra ellos se dirija la acción reinvindicatoria. En el presente caso los demandados no se consideran comuneros, sino dueños de lo que cada uno ocupa, y siendo esto así, cada uno de ellos no puede responder sino de lo que posee y no de lo que poseen los otros, y como el demandante no especificó los lotes que cada uno posee, no se puede ordenar la restitución por acción reivindicatoria, ya que la cosa que cada uno posee no está individualizada. Esta es jurisprudencia constante de la Corte.....(1) No estando individualizada la porción que cada uno de los demandados posee, la demanda de reinvindicación no puede prosperar.» (Casación, marzo 2 de 1931, XXXVIII..... 521, 1ª

ESPECIFICACIONES EN LA PARTE RESOLUTIVA DEL AUTO DE PROCEDER REFERENTES A LA DETERMINACIÓN DE LA ÉPOCA Y EL LUGAR EN QUE SE COMETIÓ EL DELITO. 127—Sostuvo un recurrente la segunda de las causales contenidas en el artículo 3.º de la Ley 78 de 1923, por cuanto aseveró que se había incurrido en el juicio en nulidad porque se omitió en la parte resolutiva del auto de proceder la determinación de la época y lugar en que se cometió el delito. «No basta, dijo, que se hayan mencionado en la parte motiva, las circunstancias que caracterizan el auto de proceder, porque el cargo se formula en realidad en la parte resolutiva de ese auto, y la ley no ha distinguido que unas características del enjuiciamiento se citen en la parte motiva y otras en la resolutiva.» Citó en apoyo de su opinión algunas doctrinas de los Tribunales de Buga y Medellín, según las cuales, «la omisión absoluta de la época y lugar en que se cometió el delito, es falta mayor que la equivocación relativa a esas circunstancias, y entraña, por consiguiente, nulidad en los juicios criminales.»

Dijo la Corte:

«No designa el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, a qué providencia o auto quiso referirse; pero como es en el auto de proceder donde se califica el informativo y se precisan los cargos que resulten contra el acusado, no hay duda que esa nulidad dice relación a lo que debe ser materia de esa providencia judicial, la cual consta de dos partes, una expositiva y otra resolutiva, no siendo la última sino una consecuencia de la primera. Es en la motiva donde se hace la historia y apreciación de los hechos, y es por lo mismo en ella en donde principalmente debe quedar determinado lo que concierne a la época y lugar en que el delito se haya cometido. En la parte motiva del auto de proceder que se estudia, se determinaron con claridad esas circunstancias, de suerte que no se puede decir que ellas se hubieran omitido. La nulidad que prevé la disposición citada no se refiere a especificaciones que deban hacerse precisamente en la parte resolutiva del auto de proceder, porque como ya se vió ni siquiera lo designa. Ha existido la práctica, por cierto muy provechosa y conveniente, de hacer mención en esa parte resolutiva de la época y lugar en que el delito se haya cometido, así como de otras particularidades, pero su omisión, cuando la motiva las contiene, no tiene la gravedad que le da el recurrente. Y no tiene esa gravedad porque habiéndose determinado esas circustancias en la parte motiva, y formando el auto de proceder un solo cuerpo jurídico, en el cual la resolución final estrictamente no debe contener sino la denominación legal que al cargo corresponda, de acuerdo con el Código Penal, 'en el correspondiente título, cuando no se divida en capítulos, como homicidio, heridas, etc.....,' según lo enseña el artículo 345 de la Ley 105 de 1890, es lógico concluír entonces que ese auto de enjuiciamiento sí contiene todos los requisitos, y principalmente los que se han venido examinando." (Casación, marzo 25 de 1931,) XXXVIII... 472, 2ª

ESTAFA. 128—Un soldado falsificó catorce libranzas de créditos a favor de otros soldados, por razón del aumento del sueldo decretado por la Ley 62 de 1927, a favor de los reservistas del ejército, a fin de que fuesen pagadas por el Contador del Batallón, lo que llevó a cabo poniendo las firmas de los respectivos soldados acreedores y la del Comandante del Batallón. Así falsificadas vendió siete a una viuda por la suma de $ 98,00, y pretendió luégo que le comprase las otras siete. Fue condenado por el Juez y por el Tribunal a la pena de veinte años de presidio y cinco de reclusión, como reo de catorce delitos distintos de falsificación, y por la estafa a la viuda. Sostuvo el recurrente que solamente se le debió condenar por la estafa, mas no por la falsificación, pues ellas quedaban comprendidas en los artificios, engaños, prácticas supersticiosas u otros embustes semejantes que menciona el artículo 820 del Código Penal, y que dichos actos no alcanzaban a merecer la calificación o denominación de delitos de falsedad para que se les aplicase el artículo 366 del mismo Código.

«Para resolver se considera:

Cuando el artificio empleado para consumar la estafa constituye al autor como responsable de falsedad

(1) Concordancias: números 3443, 3447, tomo 1º, 3385, 3408, 3420, 3421, 3425, 3426, 3429, 3436, 3437, 3440, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.» «Jurisprudencia de los Tribunales» tomo 2º, acorde: números 4677, 4687 y 4688. Concuerda también con esta doctrina la jurisprudencia extranjera. «Se desecha la demanda reivindicatoria por no haberse especificado ni probado deslindes del terreno reivindicado.» (10088), «Diccionario de Jurisprudencia de las Cortes de Justicia de la República de Chile).

Págs.

u otro delito, este delito medio se castiga independientemente de la estafa, que es el delito fin, según lo tiene dispuesto el artículo 820 del Código Penal. La mutación o alteración de la verdad que llevó a cabo Villota en las ya mencionadas libranzas, reúne en sí todos los elementos de la falsedad punible; no sólo se fingió con espíritu de imitación bien destacado la firma del Comandante del cuerpo de tropas, sino la del respectivo reservista; se les dieron a esos papeles caracteres de aparente validez y autenticidad, y con la adulteración se causó perjuicio a tercera persona. Este elemento del daño no es, como lo sostiene la demanda de casación, únicamente el que hubiera podido causarse al Contador del Batallón, contra quien iban giradas las libranzas, sino el derivado de la mutación de la verdad, cualquiera que sea la persona que lo reciba. El perjuicio es, pues, en el presente caso, el causado a la señora viuda de Ordóñez, víctima de la estafa, y respecto al Contador, basta la intención manifiesta de consumarlo. Y si, como queda visto, el castigo del delito fin, no excluye el correspondiente al medio empleado, en su calidad de un delito distinto, cabe legal y justamente aplicar a Villota la pena de la falsedad. Pero no es el caso de considerar, como lo estimó el sentenciador, la existencia de catorce delitos de falsedad en documentos privados, puesto que si se examinan las circunstancias del hecho realizado por Villota para determinar su verdadera significación y alcance, se encuentra que si bien fueron varias las firmas y libranzas falsificadas, la alteración de la verdad se hizo para llevar a efecto una misma intención o propósito, como fue el artificio de que se valió el agente para consumar la estafa. Por lo mismo, la pluralidad no es sino aparente, y en el fondo sólo hay un delito de falsedad.» Cita aquí la Corte sobre este último punto del delito continuado la sentencia de fecha diez de noviembre de 1930, transcrita ya por la Relatoría en la doctrina correspondiente al delito continuado. (Casación, marzo 20 de 1931) XXXVIII..... .... 471, 1ª

ESTAMPILLAS. 129—Un Juez absolvió a un demandado, fiador de una compañía mercantil anónima, porque si bien constaba que había contraído la obligación de pagar una suma de dinero como fiador, lo mismo que el hecho de la constitución de la obligación por parte de la Compañía, esa constancia no llevaba las estampillas que requería el artículo 35, numeral 4.º del Decreto 894 de mayo de 1915, y estimaba el Juez que no podía hacerse efectiva la obligación por la vía ejecutiva, y porque el artículo 953 del Código de Comercio estableció que «la fianza deberá otorgarse por escrito, y sin esta circunstancia será

Págs.

de ningún valor ni efecto.» La Corte, al casar la sentencia del Tribunal por motivos legales, dijo para fallar en instancia lo siguiente sobre el punto referente a estampillas:

«A esto observa la Corte que si bien el numeral 4.º del artículo 35 del Decreto número 894, de mayo de 1915, sobre timbre, estableció (artículo 52), que ningún documento que deba estar provisto de estampillas será admitido por ninguna corporación, empleado o funcionario público, si no lleva las que le corresponden, conforme al mismo Decreto, hasta la vigencia de la Ley 20 de 1923, rigió el principio establecido en el artículo 1º de la Ley 68 de 1917, según el cual, 'el documento de deber o en que conste algún contrato, y al que se haya omitido adherir o anular las estampillas de timbre correspondiente, dentro del término de treinta días siguientes a su otorgamiento, no prestará *mérito ejecutivo* (subraya la Corte), salvo que se le adhirieran las que le correspondan de acuerdo con la ley, más un recargo del uno por ciento mensual del valor principal del documento, recargo que se pagará también en estampillas.' Quiere esto decir que si el documento no tiene las estampillas que exige la ley, ni se le adhieren después, no presta mérito ejecutivo, o no se puede hacer valer por la vía ejecutiva, pero no que el documento no valga para establecer la obligación de que él trata, en vía ordinaria, conforme al principio de que el valor sustantivo de la prueba se rige por la ley bajo la cual fue creada. Como de ésta se trata en el presente caso, la Corte no puede desconocer a la constancia suscrita por el demandado Correa A., el mérito de acreditar la obligación que como fiador de la 'Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial,' contrajo aquél para los efectos del artículo 956 del Código de Comercio.» (Casación, diciembre 10 de 1930), XXXVIII..... 376, 1ª

EXCEPCIÓN. 130—Delfín Martínez demandó en juicio ordinario al Banco del Sur en Pasto para que con su audiencia se declarase que estaban erradas las cuentas llevadas por el Banco al demandante, y que era nula la obligación contraída por éste para el pago de una suma de dinero a favor del Banco. Contra la sentencia del Tribunal que condena al demandado a las prestaciones de la demanda, recurrió éste en casación ante la Corte, donde, entre otros motivos, alegó el de que, de conformidad con el artículo 1693 del Código Civil, «basta que aparezca de modo indudable que la intención de las partes ha sido novar, para que la novación deba ser reconocida por el juzgador, sin necesidad de declaración expresa de las partes.»

«..... A esto responde la Corte que el Tribunal, al examinar los hechos reseñados en el párrafo transcrito, no afirmó que ellos mostraban

Págs.

claramente la intención de novar en el ánimo de los contratantes; y si el recurrente estima probada tal intención, ha debido acusar por error de hecho cometido al apreciar las pruebas que la acreditan ..... Además, la excepción de este nombre no fue alegada por el demandado en la oportunidad que el Código Judicial (artículo 482 (1) le brindaba, y de aquí que, en la hipótesis de que estuviera establecida, no podría infirmarse la sentencia, por no haberla declarado de oficio el Tribunal, de conformidad con una conocida doctrina de Casación.» (2) (Casación, XXXVIII, número 1869, octubre 17 de 1930). 184, 2ª

EXCEPCIÓN. 131—Delfín Martínez demandó en juicio ordinario al Banco del Sur para que con su audiencia se declarase que estaban erradas las cuentas llevadas por el Banco al demandante, y que era nula la obligación contraída por éste para el pago de una suma de dinero a favor del Banco. Fallado el pleito en el Tribunal de Pasto, de acuerdo con las pretensiones de la demanda, recurrió en casación la parte demandada ante la Corte, donde alegó, además de otros motivos, el de que el Tribunal no había resuelto las excepciones propuestas.

«En la contestación de la demanda el apoderado del Banco alegó la excepción de 'arreglo y transacción,' y de manera abstracta, las otras que lograra probar en el curso del debate; pero en forma concreta no adujo más en el término que reconoce el artículo 482 del Código Judicial (3). En la parte resolutiva de la sentencia no se resolvió expresamente acerca de la excepción propuesta; pero en la motiva sí se tomó en consideración, al afirmar el Tribunal que, aunque Martínez firmó dos pagarés (que es en lo que se hace consistir la transacción), no por ello había perdido el derecho de solicitar la rectificación de la cuenta; concepto éste que equivale al de que no procedía la excepción, la cual, por lo mismo, quedó virtual pero inequívocamente fallada. 'La Corte ha establecido en varias decisiones la doctrina de que se estiman implícitamente falladas las excepciones propuestas por el demandado, cuando el Tribunal sentenciador las examina en la parte motiva de su fallo y en él concede derecho al demandante, por implicar esto último que la excepción o excepciones del demandado no desvirtúan la acción.' (Número 1577 del tomo 3º de la *Jurisprudencia de la Corte.*») (4). Casación, XXXVIII, número1869, octubre 17 de 1930) 182, 1ª

(1) 341 del nuevo Código Judicial. Ley 105 de 1931.

(2) Acorde con esta doctrina está la del número 1582 del tomo 3.º de la «Jurisprudencia de la Corte, la de los números 1559 y 1589 del tomo 1.º, 1595 del mismo, 948 del tomo 2º, etc.

(3) Artículo 341 del Código Judicial actual.

(4) Acorde, número 1579, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte,» e igualmente el número 931 del tomo 2º de la misma.

Págs.

EXCEPCIÓN. 132—El ejecutado recurrente en casación contra la sentencia de un Tribunal que decidió un juicio ordinario de tercería coadyuvante declarando que una sucesión para la cual habían pedido los terceristas tenía mejor derecho que ejecutado y ejecutante al dominio de diez bonos que fueron materia de la controversia, alegó la primera causal de casación fundándola en que «en la sentencia objeto del recurso no se falló sobre la excepción perentoria alegada por la parte demandada relativa a la carencia o ilegitimidad de personería del actor o tercerista.»

«Anota la Corte que lo que en puridad invoca el recurrente es la causal 2ª (1) por no haberse fallado acerca de una excepción. Pero, en primer lugar, adviértese que el Tribunal razonó sobre la personería de la sucesión de Tomás Fernández para promover la acción y sobre la reparación de la señora Cualla y de Delgado (punto este último que es adjetivo), con lo cual puede decirse que virtualmente quedó resuelta la excepción. En segundo lugar, ésta no fue aducida en la contestación de la demanda o durante la primera mitad del término probatorio (artículo 482 del Código Judicial) (2), sino en el alegato de conclusión de la segunda instancia; de donde se sigue que el sentenciador no tenía, en rigor, obligación de decidir, (3) y, por otra parte no estimó que debía decidirla de oficio, y esta abstención no da lugar a la casación, según lo tiene resuelto la Corte en diversos fallos; valga, por ejemplo, el de 16 de octubre de 1922, tomo 29, página 275.» (Casación, febrero 4 de 1931), XXXVIII, ... 432, 2ª

— 133—En la contestación de una demanda ordinaria opuso el demandado unas excepciones, sobre las cuales nada declaró la sentencia que lo condenó al tenor de lo pedido en la demanda.

«En la parte resolutiva de la sentencia no se resolvió expresamente acerca de las excepciones propuestas; pero en la motiva sí se tomó en consideración, al afirmar el Tribunal que, aunque Martínez firmó dos pagarés (que es en lo que hace consistir la transacción), no por ello había perdido el derecho de solicitar la certificación de la cuenta; concepto éste que equivale al de que no procedía la excepción, la cual, por lo mismo, quedó virtual pero inequívocamente fallada.» (4) (Casación, octubre 17 de 1930,) XXXVIII 182, 1ª

(1) Artículo 2º Ley 169 de 1896.

(2) Artículo 341 Ley 105 de 1931.

(3) Concordancias: números 1555, 1589, 1595, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» 929, 945, 946, 948, tomo 2º, 1582, 1587, 1588, 1624, 1615, 1618, 1620 bis, tomo 3º

(4) Concordancias: números 1554, 1558, 1585, 1590, tomo 1º, 931, 932 tomo 2º, 1577, 1584, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

EXCEPCIÓN. 134—Un recurrente alegó en casación que no había sido fallada por el Tribunal la excepción perentoria alegada por la parte demandada, relativa a la carencia o ilegitimidad de personería del actor o tercerista.

«.... Esta abstención no da lugar a la casación, según lo tiene resuelto la Corte, en diversos fallos, valga, por ejemplo, el de 16 de octubre de 1922, número 29, página 275.» (Casación, febrero 4 de 1931,) XXXVIII..... 432, 2ª

— 135—Declaró probada el Tribunal de Bogotá la excepción propuesta en juicio ejecutivo sobre nulidad de una sentencia proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte en que condenaba al Departamento de Cundinamarca al pago de una suma de dinero a favor de determinado individuo, para lo cual se fundó el Tribunal en que antes de dictarse esa sentencia había ya transigido el ejecutante con el Departamento y aceptado que quedaba cancelada cualquier obligación que la sentencia de la Corte impusiese al Departamento. Concluye el Tribunal que tal sentencia es nula porque en virtud del contrato de transacción habían definido las partes sus diferencias y a ese convenio le da la ley fuerza de cosa juzgada en última instancia. De suerte que si la demanda ejecutiva persiguió el mismo objeto que la transacción y ésta se llevó a cabo entre el cedente y el Departamento, la excepción de nulidad de la sentencia que se trataba de ejecutar es aceptable y procede.

«En concepto del recurrente, una sentencia definitiva no puede considerarse nula mientras no haya otra sentencia ejecutoriada que así lo declare proferida en juicio ordinario y por autoridad judicial competente, lo que deduce dicho recurrente de lo establecido en el artículo 113 de la Ley 105 de 1890, según el cual, 'las sentencias definitivas' en juicio civil, que estén ejecutoriadas, deben ejecutarse aun cuando contra ellas se entable o pueda entablarse acción de nulidad.' De donde concluye el señor personero del ejecutante que, para que en un incidente de excepciones en juicio ejecutivo pueda prosperar la de nulidad del fallo que sirve de base a la ejecución es indispensable que exista ya una sentencia ejecutoriada, pronunciada en juicio ordinario, que haya declarado la nulidad. El alcance que el apelante le asigna al artículo 113 de la Ley 105 de 1890, conduce a la conclusión de que la nulidad no puede hacerse valer como excepción, sino solamente como acción, y esto es abiertamente opuesto a lo establecido en el artículo 202 de la misma Ley 105, que permite oponer la excepción de nulidad de la sentencia que sirve de base a una ejecución, y a lo que enseña el artículo 131 ibídem, conforme al cual, en los juicios que se siguen sobre ejecución de sentencia, puede hacerse valer la excepción de nulidad del fallo que se trata de ejecutar. Lo que el artículo invocado por el recurrente ha querido decir es que el solo hecho de haberse iniciado o poderse iniciar la acción de nulidad contra un fallo ejecutoriado, no impide el que éste sea ejecutado; no que la nulidad de una sentencia no pueda hacerse valer como excepción." La Corte concluye confirmando la sentencia de excepciones del Tribunal. (1) (Sentencia, Sala de Negocios Generales. 319, 2ª y 320, 1ª

EXCEPCIÓN EN JUICIO EJECUTIVO POR JURISDICCIÓN COACTIVA. 136—En una escritura pública declaró un individuo que se constituía deudor del Gobierno Nacional por una suma de pesos por derechos de importación que causaran las mercancías que se proponía introducir al país; para garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas en ese pacto otorgó una fianza solidaria de tres individuos que con él firmaron la escritura, los cuales, al ser ejecutados, opusieron excepciones distintas de las que reconoce el artículo 1098 del antiguo Código Judicial, tales como las de extinción de la fianza, novación de contrato, etc.

«Parece que uno de los motivos de apelación del señor Fiscal del Tribunal estriba en haber entrado el Tribunal a considerar y decidir las excepciones distintas de las de pago y error de cuenta, que en ejecuciones por jurisdicción coactiva son las que en concepto de dicho funcionario permite alegar el artículo 1098 del Código Judicial, y no otras como las que alegaron los ejecutados Reyes y Crane. Pero como lo ha resuelto esta Sala y lo dice el fallo que se revisa, la tesis del señor Fiscal sólo tiene estricta aplicación cuando el título ejecutivo es uno de los documentos indicados limitativamente en el artículo 1098 del Código Judicial, caso de que aquí no se trata, pues en esta ejecución, respecto de los excepcionantes, su obligación emana del contrato accesorio por fianza y por consiguiente tienen derecho a invocar todo hecho que conforme a la ley pueda exonerarlos de las obligaciones resultantes de tal contrato, que son las que pesan sobre ellos. Luego el Tribunal obró correctamente al entrar a considerar en este caso las excepciones distintas de las de pago y error de cuenta.» (2) (Sentencia, Sala de Negocios Generales, octubre 16 de 1930), XXXVIII..... .... 408, 2ª y 409, 1ª

— EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO POR JURISDICCIÓN COACTIVA 137—En un juicio ejecutivo que siguió el Tesorero del Departamento del Cauca contra Miguel Varona Otero, alegó el ejecutado la excepción de fuerza mayor.

Dijo la Corte:

«En tratándose de ejecuciones libradas por virtud de alcance definiti-

(1) Véanse los artículos 549 y 448 y siguientes del Código Judicial.

(2) Véase el artículo 1059 y siguientes del nuevo Código Judicial.

Págs.

vo deducido contra un responsable del Erario por la respectiva oficina de cuentas, como acontece en el presente caso, de acuerdo con el artículo 1098 del Código Judicial, sólo son admisibles estas excepciones: falsedad del documento en todo o en parte sustancial, pago y error de cuenta. De suerte que según esta disposición la excepción de fuerza mayor o caso fortuito es inadmisible por ministerio de la disposición citada.» (1) (Sentencia, Sala de Negocios Generales, julio 11 de 1930) número 1865, XXXVIII.... 40, 1ª

EXCEPCIÓN PERENTORIA. 138—Se alegó en casación que el Tribunal debió declarar probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo o de un modo indebido y que por no haberlo hecho así había violado el artículo 51 de la Ley 105 de 1890 que ordena reconocer en la sentencia las excepciones que se hallen plenamente probadas.

«... Según doctrina constante de la Corte, no puede fundarse la casación en el quebrantamiento del artículo 51 de la Ley 105 de 1890, (2) cuando el Tribunal no reconoce una excepción perentoria que no ha sido propuesta ni alegada.» (3) (Casación, febrero 18 de 1931)..... 444, 1ª

EXPROPIACIONES. 139—Se demandó a la Nación para el pago de daños y perjuicios por el decomiso y orden de reexportación de unos kilos de opio y para el pago de perjuicios morales. El Fiscal del Tribunal se basó, para la excepción que opuso a la demanda sobre declinatoria de jurisdicción, en la Ley 38 de 1918, según la cual es el Consejo de Estado el competente para conocer de tales reclamaciones.

«...La Ley 38 de 1918, en su artículo 2º, dió competencia al Consejo de Estado para conocer de las reclamaciones que se intenten contra la Nación por expropiaciones y por los daños en propiedad ajena causados por órdenes o providencias administrativas de las autoridades nacionales, fuera de los casos previstos por el artículo 33 de la Constitución, que se refieren a la expropiación en tiempo de guerra, cuya necesidad podrá ser decretada, por autoridades que no pertenezcan al orden judicial, y en que la indemnización podrá no ser previa. Armonizadas todas las disposiciones de la Ley 38 citada, y observando especialmente lo estatuído en el artículo 6º de allí, según el cual se extienden las disposiciones de la Ley a las reclamaciones que se hubieren intentado y estén pendientes ante el Ministerio del Tesoro, se concluye, sin lugar a duda, que la competencia atribuída al Consejo de Estado para conocer de esta clase de negocios, está limitada a las expropiaciones y daños originados en tiempo de paz por las autoridades administrativas, mas no a las controversias de índole diversa, que, como la presente, se refiere también a la indemnización de perjuicios morales que exige una amplia demostración; y más si se aprecia que se trata de una disposición excepcional que debe interpretarse en sentido restricto.» (Sentencia, septiembre 8 de 1930).... 231, 2ª y 232, 1ª

EXTINCIÓN DE LA FIANZA. 140—En una escritura pública declaró un individuo que se constituía deudor del Gobierno Nacional por una suma de pesos por derechos de importación que causaran las mercancías que se proponía introducir al país; para garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas en ese pacto otorgó una fianza solidaria de tres individuos que con él firmaron la escritura, los cuales, al ser ejecutados, opusieron, entre otras excepciones, la de extinción de la fianza que fundaron en el hecho de haber ampliado el acreedor el plazo para el pago de la deuda al deudor, sin consentimiento de los fiadores ejecutados. «El Tribunal afirmó que la ampliación del plazo libertó a los fiadores de su responsabilidad,

«por razones, dice la Sala de Negocios Generales, que en síntesis son las siguientes: 1ª Que el artículo 1708 no distingue entre fiadores simples y solidarios para el efecto de declarar extinguida su responsabilidad por la ampliación del plazo, sin que ellos accedan expresamente a ella. 2ª Porque 'la responsabilidad del fiador solidario está limitada a las estipulaciones que aparezcan en la convención y que hayan afianzado, sin que pueda ir su obligación más allá de la del fiado,' (artículos 2369 y 2373 del Código Civil). De esto se deduce que cuando entre el acreedor y el deudor principal se varían o modifican los términos de la convención o se amplía el plazo sin intervención del fiador, la responsabilidad de éste deja de existir, primero, porque no consintió en las modificaciones del contrato o en la ampliación del plazo, y segundo, porque como se ha dicho, la responsabilidad del fiador tiene siempre la limitación circunscrita a las obligaciones que afianza. De modo que si en virtud de los principios generales la tesis anterior es jurídica, en virtud del texto legal expreso, artículo 1708 del Código Civil, la evidencia de tal teoría es palmaria. 3ª Deudor y fiador son cosas esencialmente distintas: el primero contrae una obligación y el segundo la afianza, y si el fiador es ante el acreedor un verdadero co-deudor, es para el efecto de poderle cobrar la *totalidad* de la deuda (subraya la Sala), y mientras la

(1) Véase el capítulo v del Título XXXIII del nuevo Código Judicial.

(2) El artículo citado es hoy el 343 del nuevo Código Judicial.

(3) Concordancias: números 1555, 1559, 605, tomo 1º; número 929, tomo 2º. 1582, 1588, 1615, 1618, 1620 bis, 1621, 1624, 1625, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

obligación afianzada se conserve en toda su integridad y no sufra alguna modificación que pueda libertarlo de su pleno derecho, porque la sola voluntad o declaración del acreedor y el deudor no puede obligarlo, como resulta de los principios expuestos. 4ª Porque si bien la ampliación del plazo al deudor tuvo lugar después de expirado ese plazo, la Nación no ejecutó a los fiadores antes de ese hecho. Fuera de estos argumentos, que la Sala acoge, por hallarlos fundados, aduce lo que la Sala de Casación Civil de la Corte expuso para rebatir la tesis contraria aducida por persona distinta del mismo Tribunal de Bogotá en otro asunto. En ese fallo de la Sala de Casación Civil, de fecha quince de mayo último, se encuentran los apartes siguientes: 'La doctrina del Tribunal, de reciente data, opuesta a la que antes había establecido aquella corporación, puede resumirse en estas dos proposiciones: 1ª En derecho, deudor principal solidario y fiador solidario son sujetos pasivos de la misma especie en las obligaciones contraídas para con el acreedor. 2ª La sola estipulación de solidaridad con que el fiador contrae su obligación, convierte la obligación accesoria en principal, igual a la contraída por el deudor principal solidario a quien cauciona, Esta nueva doctrina del Tribunal requería que los fundamentos en que la apoya no se expusieran como meros postulados que deban admitirse sin ser demostrados, sino como proposiciones respecto de las cuales debía averiguarse a la luz de los principios y de la historia del derecho civil, la verdad de aquella identidad de relaciones jurídicas que el Tribunal sienta como incontrovertibles. El concepto ideológico de identidad exige que las cosas que se perciben como de idéntica naturaleza no tengan mezcla alguna de *un no ser* relativo; de suerte que no basta que participen de algunas otras o elementos comunes para que sean de naturaleza idéntica, pues si se descubren en ellas diferencias, son cosas distintas. Para hallar identidad entre codeudor principal solidario y fiador solidario, no es suficiente probar que uno y otro responden singularmente al acreedor del total de la cosa debida, sino demostrar también que, en sus relaciones con él, no existe ninguna diferencia. Las diferencias existen, muy importantes ciertamente: *a*) La obligación del codeudor principal, para que sea efectiva, ha de ser civil, esto es, que confiera derecho al acreedor para exigir su cumplimiento. La obligación del fiador no sigue necesariamente la naturaleza de la obligación principal, sino que aun siendo ésta

Págs.

meramente natural, puede sin embargo exigirse el cumplimiento de la fianza a virtud del contrato respectivo (artículo 2364 del Código Civil), *b*) El contrato de donde nace la obligación del codeudor principal es ordinariamente conmutativo, al paso que el de fianza es gratuito, con respecto al acreedor (artículo 1497 del Código Civil). *c*) La obligación del codeudor principal toma ser de un acto o contrato verificado con el conocimiento y beneplácito de todos los que intervinieron en él. Por el contrario, el fiador de cualquiera especie puede contraer su propia obligación sin orden y aun sin noticia y contra la voluntad del principal deudor (artículo 2371 del Código Civil). *d*) La obligación del codeudor principal dura tanto cuanto perdure el contrato de que nace. La obligación del fiador, sea o no solidaria, puede no tener esa duración, ya por haberse constituído la caución con limitaciones de tiempo o de condición suspensiva o resolutoria (artículo 2366 del Código Civil), ya por ocurrir algunas de las causales de relevo de fianza señaladas por la ley (artículo 2394 del Código Civil). El codeudor principal demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones personales suyas (artículo 1517), pero el fiador no puede oponer tales excepciones del deudor principal (artículo 2380). *e*) El codeudor solidario no puede oponer (artículo 2516 del Código Civil). *f*) El codeudor principal solidario que ha pagado la deuda subroga al acreedor en sus derechos y acciones, pero limitada su acción respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda (artículo 1579 del Código Civil). El fiador, por el contrario, si hubiere muchos deudores principales y solidarios a quienes haya afianzado, puede demandar a cada uno de ellos por el total de la deuda (artículo 2397 del Código Civil). Y, tiene además, una acción peculiar, de que carece el codeudor principal; la de indemnización de perjuicios conforme a las reglas generales (artículo 2395 del Código Civil). El argumento de autoridad, sacado de la legislación comparada o invocado por el Tribunal en apoyo de su tesis, carece de exactitud. Cita en primer término el artículo 2021 del Código de Napoleón, que contiene en su parte final esta disposición: 'En tal caso (cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor principal), *el efecto de su compromiso se regula por los principios que se han establecido para las deudas solidarias.*' Respecto de la inteligencia que hubiera de darse a esta disposición, hubo en tiempos pasados, divergencias entre los expositores del Código y

Págs.

surgieron dos sistemas de interpretación. Según unos, 'debe haber asimilación completa entre el fiador solidario y el codeudor solidario.' Según otros, 'no puede haber tal asimilación completa entre esos dos obligados.' Esta cuestión controvertida, hubo de llevarse, como era natural y necesario a los Tribunales, y tocó a la Corte de Casación de Francia decidirla, y sentó al efecto la doctrina de que 'no puede haber asimilación completa entre el fiador solidario y el codeudor solidario. La fianza, aunque sea solidaria, conserva su carácter accesorio; el fiador no se obliga en interés propio, a diferencia del deudor solidario que, respecto del acreedor, se considera comprometido con interés propio y personal. 'Aquella alta corporación hizo más: fijó el sentido y alcance preciso del artículo 2021, en estos términos. 'Si después de haber negado este artículo el beneficio de excusión al fiador que, habiéndose obligado solidariamente, se reputa haberlo renunciado de modo implícito, agrega: *en tal caso el efecto de su compromiso se regula por los principios que han sido establecidos para las deudas solidarias;* este agregado es únicamente con el fin de privar igualmente al fiador solidario del otro beneficio de división, que siendo incompatible con todo compromiso solidario, sea principal o accesorio, se debe rehusar al fiador solidario, de la misma manera que el artículo 1203 se lo tiene denegado al codeudor solidario.' Y concluye la Corte: 'Estas diferencias tan profundas no permiten admitir que el artículo 2021 haya entendido asimilar de una manera absoluta el fiador solidario al codeudor solidario.' (Dalloz, *Jurisprudencia General*). Los expositores del Código de Napoleón, con muy contadas excepciones, se hallan acordes con la doctrina de la Corte de Casación, que se acaba de exponer. Dice Demolombe: La fianza, aun cuando sea solidaria, no es sino una obligación accesoria a otra obligación que es la única principal. Pero se sostiene, sin embargo, que el artículo 2021 parece asimilar el fiador solidario al codeudor solidario. No, ciertamente; el legislador no ha confundido la fianza solidaria con la obligación solidaria. Nótese, en efecto, que este artículo no habla sino del fiador que haya contraído obligaciones iguales y solidariamente con el deudor. En este caso, dice el artículo 2021, que el efecto del compromiso contraído por el fiador se regula por los principios que se han establecido para las deudas solidarias, las cuales excluyen el beneficio de excusión. La declaración, pues, contenida en el artículo

Págs.

2021 debe restringirse, y ser entendida en el punto de vista de la excepción que dio origen a que tal declaración se formulase. Es necesario, por consiguiente, guardarse bien de dar a esa declaración un alcance general, y tomarla en el sentido de que la fianza solidaria esté asimilada completamente al codeudor solidario.' El Tribunal incurre igualmente en inexactitud al invocar el artículo 1907 del Código Civil italiano, en apoyo de su tesis. Este artículo está interpretado por la jurisprudencia italiana de modo diverso. En efecto, la Sala de Casación de Turín en sentencia de 18 de junio de 1886, asentó esta doctrina: 'Aunque la fianza solidaria produzca el efecto señalado en el artículo 1189 del Código Civil, esto es, que puede el acreedor dirigir su acción indistintamente, a su arbitrio, contra el fiador solidario, sin que éste pueda oponerle el beneficio de excusión, ese efecto no desnaturaliza la fianza, de manera de confundirla en todo y para todo con la obligación solidaria; la fianza, en efecto, permanece siempre como una obligación accesoria respecto de la principal. 'Erróneo en mayor grado es también el argumento de autoridad, tomado por el Tribunal del modernísimo Código Civil Suizo, sobre obligaciones: 'Si el fiador se obliga con el deudor principal tomando la calificación de *fiador solidario*, codeudor solidario, o de cualquiera otra equivalente, el acreedor puede perseguirlo antes de dirigirse al deudor principal, y de realizar sus prendas.' Este inciso, como se ve, se limita a negar al fiador solidario el beneficio de excusión, al igual del Código Civil Colombiano, artículo 2374. Pero el Código suizo se anticipó a decidir por disposición positiva, y en sentido negativo la cuestión dudosa de que tratamos al presente, de si el fiador solidario por constituírse en tal forma, asume el carácter de codeudor principal solidario, con relación al acreedor, y dispuso en su inciso 2º esto muy significativo: '*Por lo demás, las disposiciones del presente título son aplicables a esta clase de fianza.*' Este título de referencia es el 20, que trata de la fianza, entre cuyas disposiciones se halla el artículo 502, que ordena: 'El fiador que no se ha comprometido sino por un tiempo determinado, *queda libre*, si el acreedor no persigue judicialmente la ejecución de sus derechos dentro de las cuatro semanas que siguen a la expiración de este tiempo, y si no continúa sus acciones sin interrupción notable.' El Código suizo, pues, invocado por el Tribunal para respaldar su tesis, no hace sino condenarla, porque tanto el artículo que acaba de citarse como el que le sigue, son apli-

Págs.

cables al fiador solidario, según lo dispone el inciso 2.° del artículo 946, inciso que no quiso tener en cuenta el Tribunal. Lejos de establecer identidad absoluta entre el fiador solidario y el codeudor solidario, declara en disposiciones positivas el mismo principio que habían establecido la Jurisprudencia francesa y la italiana. Omite la Corte el estudio de las otras legislaciones citadas por el Tribunal para no alargar este fallo, en la seguridad de que las disposiciones que se invocan no tienen más alcance que el de privar al fiador solidario de los beneficios de excusión y de división. Es entendido que, según se deja dicho, estos principios que rigen la fianza, sea simple o solidaria, dejan de aplicarse cuando a pesar de la intención recóndita de la persona que se propone caucionar u otra, toma sobre sí para mayor abundamiento y por estipulación clara, precisa e indudable, el carácter de codeudor principal solidario, respecto del acreedor.» :

Citado lo anterior de la sentencia de fecha 15 de mayo de 1930, número 1862 de la *Gaceta Judicial*, en que fue ponente el doctor Juan N. Méndez, termina así la Sala de Negocios Generales de la Corte: "Concluye, pues, la Sala, que el hecho de haber ampliado el plazo al deudor extinguió la obligación respecto de los fiadores por no haber accedido éstos expresamente al segundo compromiso." (Sentencia, Sala de Negocios Generales), XXXVIII..... 409, 1.ª, 410 1.ª y 2.ª, 411, 1.ª y 2.ª, 413, 1.ª

F

FACULTADES EXTRAORDINARIAS 141—.... Conforme a la Constitución el Gobierno puede ejercer facultades extraordinarias cuando amenaza una guerra exterior, una conmoción interior, o cuando el Congreso se las concede *pro tempore* para una época cualquiera (artículo 33 del Acto legislativo de 1910 y numeral 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886)» (1)(Sentencia, septiembre 22 de 1932) XXXVIII,..... 236, 1ª

FALSEDAD. 142—(Véase la doctrina contenida bajo el título *estafa*, en el número 128).

— Y USO DE DOCUMENTOS FALSOS. 143—No constituyen delitos distintos. Cierto individuo falsificó varios telegramas y recibos oficiales y varios cheques con el objeto de hacerse pagar unas sumas de dinero, y los usó con ese fin.

Págs.

«Respecto del uso de documento falsificado..... debe observarse, sin que sea menester entrar en largas disertaciones, pero dentro de un concepto jurídico equitativo y exacto que, en un caso como el presente y dentro del desarrollo de los hechos presentados en los cuestionarios, la falsedad y el uso del documento falso se confunden, no formando, por tanto, delitos distintos, por ser una misma la persona que ha realizado esos actos.» (Casación, noviembre 10 de 1930, XXXVIII)..... ..... 255, 1ª, y 256, 1ª

FERROCARRIL DE LA DORADA. 144—Demandada por el Departamento del Tolima la compañía denominada *The Dorada Extension Railway Limited*, para el pago de una suma de pesos por razón de la participación que correspondía al Departamento, de cinco centavos por cada carga de ciento cincuenta kilogramos que habían sido transportados por el ferrocarril en un tiempo determinado, opuso la parte demandada la excepción de inepta demanda que fundó en la alegación de no ser sucesora en la responsabilidad contraída por el primitivo contratista.

«Al tenor del artículo 1765 del Código Civil, las escrituras públicas hacen fe entre las partes, aun en lo meramente enunciativo, cuando esto tiene relación con lo dispositivo del acto o contrato. Teniendo presente este precepto, y como lo relatan las escrituras, número 667 de doce de septiembre de mil ochocientos ochenta y ocho..... otorgada en la Notaría de Honda, y la número 1929, otorgada el veinticuatro de octubre de mil novecientos cuatro, en Bogotá..... el señor Francisco J. Cisneros cedió la mitad de sus derechos en la concesión con privilegio que, para construír y explotar el Ferrocarril de La Dorada y el puente sobre el río Gualí, cerca de Honda, le había otorgado el Gobierno del Estado Soberano del Tolima en el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, y esta cesión o traspaso la hizo Cisneros a Ribón Castro & Compañía, por escritura número 277, de dos de octubre de mil ochocientos ochenta y cuatro. De las mismas escrituras arriba mencionadas, aparece que Ribón Castro & Compañía traspasó a José Germán Ribón los derechos que habían adquirido de Cisneros en la aludida concesión con privilegio. José Germán Ribón y Francisco J. Cisneros, ya únicos dueños de la concesión a que se refiere el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, traspasaron ésta a la sociedad anónima denominada *The Dorada Railway Company Limited*, por la escritura número 667, de doce de septiembre de mil ochocientos ochenta y ocho, arriba citada, y esta Compañía, a su vez, transfirió la misma conce-

(1) Concordancia: número 987, tomo 2º, «Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

sión a *The Dorada Extension Railway Limited*, por contrato que se hizo constar en la escritura número 1929, de veinticuatro de octubre de mil novecientos cinco, escritura que se ha mencionado antes, y en la cual aparece el consentimiento del Gobierno Nacional. Todas las transferencias o traspasos de la concesión del Ferrocarril de La Dorada se hicieron sin exceptuar obligación alguna de las que emanaban del primitivo contrato de concesión de mil ochocientos ochenta y uno; pues no aparece de los instrumentos de que se ha hecho mérito, que el cedente hubiera reservado a su cargo alguna o algunas de las obligaciones que pesaban sobre el Ferrocarril a favor del Estado Soberano del Tolima o del Departamento del mismo nombre, y forzoso era que esas transferencias se cumplieran en esos términos, es decir, en la totalidad de las obligaciones, por ser doctrina jurídica universalmente aceptada por tratadistas y tribunales, que las concesiones administrativas forman una unidad indivisible en materia de gravámenes. Y si en los traspasos anteriores no aparece el consentimiento ni del Estado Soberano ni del Departamento, en el sentido de aceptar el nuevo deudor, es necesario advertir que dicho consentimiento pudo prestarse expresa y tácitamente, y si faltó el primero, no puede decirse lo propio del segundo, que quedó suficientemente establecido con el hecho de haber instaurado el Departamento del Tolima demanda contra el actual cesionario, la Sociedad demandada, hecho que significa aceptación, tanto del traspaso que a dicha Sociedad se hizo, como de todos los que le precedieron..... Habiéndose, pues, transmitido sin solución de continuidad la concesión a que se refiere el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno, celebrado entre el Estado Soberano del Tolima y Francisco J. Cisneros, desde éste hasta la entidad demandada *The Dorada Extension Railway Limited*, y habiéndose verificado esas transmisiones con todas las obligaciones emanadas de la concesión, y estando el crédito que se reclama dentro de aquellas obligaciones, es obvio que la entidad demandada es sucesora de Francisco J. Cisneros en la responsabilidad de ese crédito, en el caso de no haberse extinguido por alguno de los medios que reconoce la ley, no siendo, por tanto, eficaz la excepción de inepta demanda, igualmente propuesta por la parte demandada.» (Sentencia, Sala de Negocios Generales, noviembre 4 de 1930), XXXVIII... .... 422, 1ª y 2ª

Págs.

FIANZA DE LOS EMPLEADOS DE MANEJO. 145—Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contrajo un administrador de Correos, firmaron la escritura correspondiente como fiadores solidarios dos individuos, y en ella estipularon: «Se hace constar que esta fianza provisional se constituye mientras el otorgante puede dar la caución de que trata la ley, caución que se prestará dentro de noventa días, contados desde el día en que tome posesión del cargo.» Deducido un alcance contra el Administrador en una época muy posterior al vencimiento de los noventa días fijados en la escritura, y ejecutados los fiadores, opuso uno de ellos la excepción de *error en cuenta*, que fundó en que se había constituído responsable de las obligaciones contraídas por el Administrador desde el 1.º de octubre de 1916 por noventa días, y que habiendo ocurrido el desfalco en el año de 1921, nada tenía que ver con él. Prosperó la excepción ante el Tribunal, y enviado el proceso ante la Corte en consulta de la sentencia, la corporación sentó la siguiente doctrina:

«Para la Corte los términos transcritos de la escritura número 470, son perfectamente claros, y de consiguiente, no es necesario para decidir el punto controvertido, tener en cuenta ninguna presunción; y con fundamento en la interpretación restrictiva que de la obligación generada por la fianza deba hacerse, sin necesidad de desentrañar la intención de los fiadores, hay que concluír que la simple locución gramatical, 'que esta fianza provisional se constituye *mientras* el otorgante pueda dar la caución de que trata la ley,' está diciendo que la fianza provisional constituída produce efectos jurídicos, es decir, obliga a los fiadores hasta tanto la fianza de que trata la ley sea constituída; dado que el adverbio de tiempo *mientras* quiere decir 'durante el tiempo en que,' según el Diccionario de la Real Academia Española. Y como de otro lado no aparece que la caución de que trata la ley haya sido prestada, hay que concluír que la responsabilidad de los fiadores provisionales aún subsiste de acuerdo con la estipulación por ellos hecha y admitida por el funcionario encargado por la ley de hacerlo; pues a tanto se obliga el hombre a cuanto aparece que ha querido obligarse, según el antiguo adagio español. Más si se tiene en cuenta que el término de noventa días de que allí se habla como señalado para prestar la caución legal, no establece un plazo que limite los efectos de la fianza provisional sino que determina la época en que ha debido cumplirse una obligación de los responsables, y que no se cumplió» (Sentencia, Sala de Negocios Generales, noviembre 24 de 1930) XXXVIII.. 479, 1ª y 2ª

— SOLIDARIA MERCANTIL. 146—Casó la Corte una sentencia de un Tribunal; al proferir la de instancia y tratar varios puntos sometidos

Págs.

a la decisión del Juez de la causa, especialmente el referente a la obligación de un fiador de la compañía mercantil anónima que había sido demandada, el cual alegaba que al comprometerse como tal fiador no se había obligado solidariamente sino como fiador simple, dijo:

«El demandado Correa al contestar la demanda no negó haber contraído aquella obligación, pero agregó que no responde sino como fiador simple y no como fiador solidario. El Juez rechazó aquella obligación y con razón, porque, como dice, de acuerdo con el artículo 956 del Código de Comercio, 'la fianza de una obligación mercantil es siempre solidaria, salva estipulación en contrario. El acredor, sin embargo, no podrá exigir al fiador el cumplimiento de la obligación afianzada, sin acreditar que ha requerido de pago al principal deudor.' Consta en autos que la obligación contraída por la 'Compañía del Sombrero mundial,' procede de operaciones mercantiles entre ella y la compañía demandante, y no aparece que el fiador Correa hubiera estipulado que no obstante tratarse de operaciones mercantiles, sólo se obliga como fiador simple; luego, por este aspecto, no es fundada la alegación de haberse comprometido únicamente con este carácter sino como fiador solidario.» (Casación, diciembre 10 de 1930), XXXVIII..... 376, 1ª

FIANZA. SU EXTINCIÓN. 147—Véase la doctrina contenida bajo el título *extinción de la fianza,* en el número 140.

— 148—En un juicio ordinario sobre pago de una suma de dinero de que se constituyó deudora de una Compañía Colectiva de Comercio, una mercantil anónima, alegó el fiador demandado que había quedado relevado de la firma por estos hechos: porque en el año de 1923, cuando ya estaba vencido el plazo de la obligación a cargo de la Compañía demandada, ofreció a la demandante, por conducto de sus representantes, según consta en autos, los efectos de que disponía la sociedad deudora en esa época, y los demandantes, lejos de aceptar esa oferta, observaron una conducta dilatoria hasta 1926, que dio lugar a que la sociedad deudora se pusiera en quiebra, lo que constituye una amoliación del plazo que extingue la fianza, conforme al artículo 1708 del Código Civil; porque tal conducta del acreedor, al no requerir de pago al deudor principal, hizo irresponsable al fiador de la insolvencia del deudor principal, sobrevenida durante el retardo, de acuerdo con el artículo 2382 de la misma obra, y puso al fiador en imposibilidad de subrogarse en sus acciones contra el principal deudor o contra los demás fiadores. Por último, agregó, que si bien el artículo 956 del Código de Comercio establece que la fianza de una obligación mercantil es siempre solidaria, impone al acreedor la obligación de requerir previamente, y por la vía judicial, al deudor principal para poder exigir al fiador su cumplimiento, lo que no hizo en este caso la casa demandante. Al proferir la Corte, en

Págs.

virtud de la casación de la sentencia del Tribunal, la de instancia, dijo lo siguiente:

«A lo anterior se observa: el hecho de no haber aceptado la casa acreedora lo que el fiador Correa le ofreció en nombre de la casa demandada para el pago de la deuda, no constituye ampliación del plazo, porque tal abstención es un hecho negativo, y no uno positivo en que dicho acreedor manifestara que convenía en que el deudor le pagara con posterioridad al vencimiento del plazo estipulado. La extinción de la responsabilidad que el demandado Correa A., como fiador, quiere deducir del hecho de no haber requerido la casa acreedora a la deudora para el pago de la deuda, no es procedente, porque para que esa responsabilidad cese, es preciso, conforme al artículo 2382 del Código Civil, que el fiador requiera previamente al acreedor para que proceda contra el deudor, aunque aquél no hubiera sido requerido, y no consta que en este caso hubiera habido tal requerimiento judicial de parte del fiador Correa. Tampoco aparece que el mismo demandado hubiera quedado en imposibilidad de subrogarse en la acción del acreedor, de que habla el artículo 2381 del Código Civil, porque para que haya subrogación legal, es necesario, de acuerdo con el artículo 1668 del Código citado (numeral 3.º), que el que hallándose obligado solidaria o subsidiariamente, pague la deuda, y si el demandado Correa hubiera querido subrogarse en la acción del acreedor, ha debido pagar la deuda y no lo hizo. No están, pues, probadas ninguna de las causas de extinción de la fianza que como excepciones alega el demandado señor Correa A.; y por consiguiente, debe responder como fiador solidario de la 'Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial,' por la suma que le cobra el demandante con los intereses a la tasa estipulada en el documento en que consta la deuda.» (Casación, diciembre 10 de 1930) XXXVIII, 376, 2ª

G

GERENTE O ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD ANONIMA. 149—Se siguió un juicio ordinario, que es el mismo a que se alude en la doctrina anterior, para el pago de una suma de dinero de que se constituyó deudora de una Compañía Colectiva de Comercio, una anónima mercantil, y fue demandado el Gerente de la anónima en su calidad de tál y como socio, en su propio nombre. Se alegó que debía responder solidariamente con la Compañía como Gerente de ella. La Corte al casar la sentencia del Tribunal por motivos legales,

Págs.

dijo lo siguiente profiriendo la sentencia de instancia sobre el punto:

«Conforme al artículo 583 del Código de Comercio, los Gerentes o Administradores de una sociedad anónima no son responsables sino de la ejecución del mandato, porque son sociedades de capitales y no de personas. Como accionistas no responden sino hasta el monto de sus acciones (artículo 567, ibídem). Sólo en el caso de que como accionistas tomen parte en la administración directa o indirecta, sin que la sociedad haya cumplido con las formalidades de su constitución, se hacen responsables solidariamente respecto de terceros, de las obligaciones que a favor de éstos contraigan en nombre de la sociedad, como si fueran socios colectivos.» (Casación, diciembre 10 de 1930), XXXVIII. 377, 1ª

GRADUACIÓN DEL DELITO. 150—Cierto individuo dio muerte a una mujer, sin causa alguna, estando ébrio, en los momentos en que airada inquiría la razón de una ofensa que el homicida había hecho a su marido. Se calificó la responsabilidad del reo en segundo grado con una sola circunstancia agravante.

«Estos hechos, por la manera como se desarrollaron están dando cuenta de un homicidio que no admite la atenuación que se alega en la demanda en cuanto sostiene que debió calificarse la responsabilidad en tercero o ínfimo grado, y aun cuando solamente existiera como única la circunstancia agravante del sexo femenino de la víctima. Sobre esto, la disposición contenida en la segunda parte del artículo 123 del Código Penal, es terminante en decir que no haya ninguna circunstancia agravante para que quepa o sea admisible la calificación en tercer grado. Y esto tiene su razón de ser, porque no estaría de acuerdo con las normas de equidad y justicia que informan a la jurisprudencia, el atribuír el mismo grado de responsabilidad a quien delinque, sin que exista circunstancia de agravación alguna, y a la persona que consuma un hecho punible mediante una circunstancia que en sí misma agrava el delito, circunstancia que en muchos casos puede ser de gravedad extraordinaria. Nuestro Código Penal, como queda dicho, determina el tercer grado para cuando no hay circunstancia agravante y sí atenuantes, lo cual no corresponde al caso de Francisco Alvarez, ventilado en este juicio, pues existe una circunstancia de agravación.» (1) (2). (Casación, octubre 21 de 1930), XXXVIII..... 217, 2ª,

(1) Dice el salvamento de voto del Magistrado doctor Parmenio Cárdenas: «Sostener que una sola agravante, cualquiera que sea su naturaleza, es suficiente para la calificación en segundo grado de la responsabilidad, provocando así un aumento matemático de la pena, aun cuando ésta resulte alejada de la realidad, de las condiciones del delincuente y de la objetividad del delito, es ponerse en pugna con los principios universales que hoy rigen en materia de individualización de la pena, cerrando el paso a las actuales condiciones jurídicas y sociales »

(2) Véanse los números 661 y 1826 del tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte,» que concuerdan con la doctrina que contiene la sentencia.

Págs.

GRADOS EN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. 151—Se alegó como fundamento para la casación de una sentencia proferida en materia criminal la primera causal de que trata el artículo 3.º de la Ley 78 de 1923, pues sostuvo el recurrente que el Tribunal de Bucaramanga había violado, entre otras disposiciones legales, el artículo 26 de la Constitución Nacional; el 299 de la Ley 57 de 1887 y el 1620, del Código Judicial, porque no habiéndose especificado en el auto de proceder las circunstancias agravantes que tuvieron en cuenta los Jueces de instancia para calificar en segundo grado la responsabilidad, no pudo defenderse oportunamente el procesado de esa apreciación, lo que quiere decir que se le juzgó sin observar la plenitud de las formas propias de cada juicio y, por consiguiente, no disfrutó de todos los medios legales para ejercitar libremente su defensa.

«Se considera: Como es sabido, el reconocimiento de las circunstancias agravantes o atenuantes es de la exclusiva competencia del Juez de Derecho, quien las aprecia con independencia de la intervención del Jurado. Como la ley generalmente fija un máximum y un mínimum de penalidad, era y es necesario que el Juez tuviera algún derrotero para señalar la pena que en cada caso corresponda dentro de ese máximum y ese mínimum. Ese derrotero corresponde a lo que se conoce con el nombre de grados en la responsabilidad, los cuales se señalan en virtud de la existencia de las circunstancias agravantes o atenuantes. No son pues, éstas, de aquéllas que pertenezcan a la esencia o naturaleza del delito, y que por tanto, haya necesidad de consignar en el auto de proceder; ellas se sustraen al conocimiento y decisión del Jurado, y sólo en virtud del veredicto condenatorio que éste pronuncie, surge la oportunidad y obligación para el Juez de Derecho de entrar en su estudio, para fijar el grado de la responsabilidad, y por consiguiente la pena.» (Casación, XXXVIII, número 1865, julio 19 de 1930)..... 34, 1ª

H

HERIDAS. 152—«Varias clases de heridas reconoce el Código Penal, siguiendo una denominación análoga a la establecida con respecto al homicidio, así: heridas cometidas con premeditación

Págs.

(artículos 645 a 650 y 654); heridas cometidas con premeditación y circunstancias de asesinato (artículo 651); heridas voluntarias (artículos 652, 653, 654, 655, 660 y 661); heridas involuntarias (artículos 662 y 663), todas las cuales están sancionadas con penas distintas.» (Casación, agosto 9 de 1930), XXXVIII..... 103, 1ª

HERIDAS INVOLUNTARIAS. 153 — Un individuo dio muerte con su revólver a una mujer; acudió a desarmarlo, acompañado de varias personas, el Juez Municipal, a quien apuntó al pecho el homicida; logró desviar el Juez el calibre del revólver, y al tratar de quitárselo, en el forcejeo consiguiente, salió un tiro que hirió levemente a uno de los espectadores. Se alegó que era un caso de homicidio frustrado, en vez del de heridas involuntarias que estimó el Jurado.

«Sobre la base probatoria, es indudable que Rodríguez sacó su revólver del bolsillo para hacer uso de él en actitud amenazante; pero en el hecho de que se trata, no es posible determinar de modo indudable, cuál fue la verdadera intención del agente; si la de intimidar en busca quizás de una coyuntura favorable a la fuga, o bien, la de herir o la de matar. Si este último hubiera sido el designio de Rodríguez, no es bien explicable cómo pudo Gutiérrez tomarle la mano en que portaba el revólver, siendo así que, según lo afirma el Juez, el arma estaba dirigida a su pecho, y que la acción de disparar en tales circunstancias, es de suyo mucho más rápida que el movimiento de defensa ejercitado por el Juez Municipal. O si se admite, como lo afirma el testigo Burgos, atrás citado, que Rodríguez apenas alcanzó a sacar la mano armada del bolsillo de los zamarros sin apuntarla o darle dirección, por habérselo impedido inmediatamente el Juez, lo cual sería muy inverosímil, entonces el hecho sería todavía equívoco, en el sentido de fijar la verdadera intención del agente. Claro está, por lo demás, que en las circunstancias anotadas, el hecho de sacar revólver no es por su naturaleza indiferente, sino que denota una intención dañada, pues aun en el supuesto de menor gravedad, como sería el de que Rodríguez sólo se propuso amparar su fuga sin causar daño a las personas que iban a capturarlo, ese propósito no podría considerarse inocente. Mas no es posible, aun en presencia de los juiciosos argumentos contenidos en la demanda de casación, afirmar rotundamente, sin dar margen a vacilaciones o a dudas, que la verdadera intención de Rodríguez fuese la de ultimar a Gutiérrez, y que, por lo mismo, el delito de que se trata no es el de heridas, sino el de homicidio tentado o frustrado. No puede admitirse que se trate aquí de homicidio frustrado, como lo sostiene el señor abogado recurrente, porque no se encuentran reunidas todas las condiciones o circunstancias necesarias para producir el homicidio, de modo que si éste no se produjo, ello dependiera de causas o accidentes ajenos a la voluntad del agente; pues según las declaraciones de quienes presenciaron los hechos, no hubo por parte de Rodríguez actos de tal naturaleza, como sería el de disparar el arma que tenía en la mano, suficientes para indicar la intención de matar, sino que, por el contrario, el arma no fue disparada por Rodríguez, sino en el forcejeo que hubieron de hacer quienes bregaban por desarmarlo; y si el proyectil salido del arma fue a herir a Abel Pedreros, no puede decirse que un homicidio frustrado, respecto al Juez Gutiérrez se pudiera tener como tal, aun hiriendo a otra persona distinta, según el artículo 17 del Código Penal, porque para ello sería menester haber demostrado que realmente se trata de ese homicidio, imperfecto o frustrado, en vez de heridas involuntarias en la persona de Abel Pedreros, como acertadamente han calificado los Jueces de hecho el delito de que se trata.» (Casación, octubre 30 de 1930) XXXVIII..... 251, 1ª

HIJUELAS COMO TÍTULO TRASLATICIO DE DOMINIO. 154—A., inició y siguió juicio de reivindicación contra B., y éste fue absuelto en la sentencia del Tribunal que revocó la de primera instancia. El actor interpuso recurso de casación, acusando la sentencia de violación directa del inciso 4.º del artículo 765 del Código Civil que preceptúa que es título traslaticio de dominio el acto legal de partición, ya que el sentenciador se fundó en que las hijuelas por sí solas no son títulos traslaticios de dominio mientras no se acompañe el título de dominio del causante o *de cujus*, porque nadie puede transferir lo que no tiene, y la sola hijuela fue el título que adujo el demandante para comprobar su derecho a la restitución demandada.

La Corte al casar la sentencia recurrida dijo:

«La tesis tan general y estricta del sentenciador, de que las hijuelas por sí solas no son títulos traslaticios de dominio sino en tanto que se acompañe el título del causante, viola directamente el inciso 4.º del artículo 765 del Código Civil, y va contra la doctrina de esta Superioridad asentada últimamente, que estatuye que los actos de partición no pueden oponerse por sí sólos como títulos al anterior de un tercero, sino comprobar que el bien adjudicado pertenecía al causante, lo que está indicando que ellos sí pueden oponerse a un título posterior, sin que sea necesario acompañar la prueba del dominio del causante.» (Sentencia, 30 de septiembre de 1918 y 24 de julio de 1920.

Págs.

Tomos XVII y XXVII.)» (Casación, febrero 10 de 1931) XXXVIII..... 454, 1ª

HOMICIDIO. 155—Al sostener un recurrente que era el caso de aplicar el inciso 2.° del artículo 602 del Código Penal, considerando el homicidio como de los menos graves entre los definidos en los numerales 1.°, 2.°, 4.°, 5.° y 7.° del artículo 587, afirmó que estaban comprobadas estas circunstancias: que a la hora del suceso Cabarcas venía de su roza para su hogar e incidentalmente se detuvo en la esquina de la casa de Juana Villoria a atender a un amigo que le llamó para entregarle una suma de dinero; que allí llegó Azael Rodríguez, y lo provocó «intimándolo,» y en seguida le agredió tirándole un bastonazo, primero, y luégo con su revólver, y por eso sacó el suyo; que su vida estuvo en peligro inminente, pues Rodríguez le hizo varios disparos hasta el punto de haber matado con uno de ellos a José Polo; que Rodríguez estaba prevenido contra Cabarcas, y éste lo sabía; que no hubo por parte de Cabarcas traición, ni alevosía, ni crueldad, que la riña se trabó sin ventaja alguna para Cabarcas, y que éste es y ha sido hombre sano, de conducta intachable.

«Se ha dicho por la Corte, en las distintas sentencias que han dado origen a la Jurisprudencia que el recurrente cita, que el Juez puede hacer uso de la facultad consignada en el inciso 2º del artículo 602, 'aun cuando el veredicto no contenga modificación alguna'; pero también se ha dicho en ellas que los Jueces de Derecho no pueden ejercitar arbitrariamente esa facultad, sino que sus conclusiones en relación con esa facultad, tienen que estar respaldadas con las constancias del proceso. En casación no era suficiente afirmar, como se ha hecho, que están comprobadas en el proceso determinadas circunstancias, para deducir la menor gravedad del homicidio de que se trata, sino que era necesario que el recurrente hubiera indicado en su demanda cuál o cuáles eran las pruebas que respaldaban sus afirmaciones, haciendo un análisis de ellas e indicando el valor probatorio de cada una. Y como el recurso de casación no constituye una tercera instancia, la Corte no puede oficiosamente entrar en ese estudio que omitió el recurrente, para deducir si en realidad puede tratarse de uno de los casos de menor gravedad a que se refiere el inciso 2º de la disposición varias veces mencionada.» (Casación, octubre 18 de 1930), XXXVIII..... 215 y 216, 2ª y 1ª

— 156—Un veredicto expuso afirmativamente, sin modificación alguna, que el acusado era responsable de haberle dado muerte a una persona, por lo cual el Juez condenó al reo a la pena que prescribe el artículo 600 del Código Penal. El recurrente quiso situar el hecho en el caso del artículo 604 del mismo, alegando que causó la muerte sin reflexión, en los momentos en que su hermano era injuriado de palabra y agredido de hecho por el que murió.

Págs.

«Según doctrina que la Corte tiene sentada y repetida en numerosos fallos, para que haya lugar a la aplicación de disposiciones especiales, en tratándose de homicidio voluntario, es preciso que el veredicto contenga de alguna manera los elementos a que dichas disposiciones especiales se refieren; de tal suerte, que si, como en el presente caso, el veredicto es puramente afirmativo, la disposición aplicable viene a ser por regla general, el artículo 600 del Código Penal, con la única excepción de que sea el caso de hacer uso de la facultad discrecional consignada en el inciso 2º del artículo 602, ibídem, porque entonces, aunque el veredicto sea lisa y llanamente afirmativo, conserva el Juez de Derecho la facultad de hacer uso de tal arbitrio si en los autos hay base suficiente para ello. Siendo, pues, en el presente caso simplemente afirmativo el veredicto contra Antonio Vesga, estuvo correctamente aplicado el artículo 600, máxime cuando al examinar las declaraciones de los testigos presenciales, inclusive los citados en la demanda, se encuentra que el que murió no infería ofensa de ninguna clase al hermano del matador en el acto mismo en que se consumó el homicidio.....» (Casación, diciembre 16 de 1930), XXXVIII, 313, 2ª.

Véase Casación de 31 de octubre de 1928), (1) XXXVI..... 12, 1ª

HOMICIDIO. 157—Hallábanse en una tienda libando licores varias personas; una de ellas, Pablo Emilio Pineda, mezcló cerveza en el trago de aguardiente que se iba a tomar Anacleto Restrepo, y como quisiera repetir la chanza, se manifestó disgustado Restrepo, y sacando una navaja de barbero la tenía cerrada en la mano, por detrás; como Pineda no quisiera pelear, ni le hiciera caso, no obstante que Restrepo le decía, «infeliz,» de un momento a otro Germán Taborda se dirigió a Restrepo, revólver en mano, y diciéndole que no se aprovechara de un hombre «humillado,» le hizo dentro de la tienda el primer disparo; como Restrepo saliera de huída, lo persiguió, y afuera le hizo dos disparos más, acertándole ambos: uno, el que le causó la muerte instantánea, en el pecho, y el otro, en una mano. El Jurado contestó el cuestionario así: «Sí, por agresión que inmediatamente antes del homicidio ejecutó Restrepo contra su compañero Pablo Emilio Pineda.»

«El homicidio de que trata el veredicto, esto es, el cometido 'por agresión que inmediatamente antes del homicidio ejecutó Restrepo contra su compañero Pablo Emilio Pineda,' .... se halla previsto y definido por el artículo 587 del Código Penal,

(1) Concuerda con esta doctrina la del número 1884, tomo 3.º de la «Jurisprudencia de la Corte,» y la de los números 410 y 424 del Indice y Jurisprudencia del tomo 36 de la «Gaceta Judicial.»

Págs.

en su inciso 1º, como uno de los casos generales de homicidio voluntario, mientras no existan o se demuestren elementos de especial atenuación, capaces de inclinar fundadamente el criterio del Juez de Derecho en el sentido de hacer uso del poder discrecional que se le otorga por el inciso 2.º del artículo 602..... Nada importa a la atenuación que la demanda alega la agresión de que da cuenta el veredicto, si por otra parte del examen procesal resulta que la actitud agresiva del occiso para con Pineda fue más aparente que real, y que verdaderamente no puso en peligro la vida del acompañante de Taborda; por donde puede verse que el ataque a mano armada del matador, animoso y persistente, en lugar de restarle gravedad, más bien pudiera aumentársela.» (Casación, octubre 17 de 1930) XXXVIII..... 213 y 214, 1ª)

HOMICIDIO. 158—Luis llamó a Andrés «cacorro»; ofendido Andrés con ese vocablo, le pidió a aquél que no le llamase así, sino que más bien le dijese «hijo de puta,» para que se mataran, a lo cual contestó Luis que no acostumbraba tales expresiones, y que si no le había gustado la de «cacorro,» le perdonase. Andrés hirió gravemente entonces a Luis, el cual murió a consecuencia de las heridas. Se condenó a Andrés a la pena de seis años de presidio de acuerdo con el artículo 600 del Código Penal, en relación con el numeral 7.º del artículo 587 del mismo. En casación que se interpuso contra la sentencia del Tribunal que confirmó la del Juez, estimó la Corte que no había lugar a considerar que el homicidio fuese de los menos graves para aplicar el artículo 602 que pedía el recurrente, y expuso el siguiente paso de la sentencia del Tribunal:

«Hay que concluír, por lo tanto, que si Loaiza cometió homicidio en riña provocada por el occiso, como el jurado lo afirmó en veredicto que no es notoriamente injusto, esa provocación no consistió en ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras, de las que pueden dar base al juzgador para considerar el delito entre los menos graves, como lo solicita el señor defensor en esta instancia, para dar aplicación al artículo 602 del Código Penal.» (Casación, agosto 27 de 1930) XXXVIII..... 109, 1ª

— 159—Para que sean aplicables por el Juez de Derecho las disposiciones de los artículos 602, 603, 608 del Código Penal, que contemplan casos de atenuación del homicidio, el veredicto ha de dar margen para ello. (1) (Casación, octubre 30 de 1930). XXXVIII... 220, 2ª

— 160—Se aseveró por un recurrente que la pena que debió aplicar el Juez era la atenuada del artículo 602, y no la del artículo 600 del Código Penal.

(1) Concordancia: número 1884, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

«Aun cuando es cierto que el artículo 600 del Código Penal, después de advertir que 'el reo de homicidio simplemente voluntario sufrirá la pena de seis a doce años de presidio' agrega: 'menos en los casos previstos en alguna disposición especial,' tal cosa no significa que pueda el Juez arbitrariamente aplicar esas disposiciones especiales, con prescindencia del veredicto. Esas disposiciones especiales, como ya lo ha dicho en repetidos fallos la Corte, entrañan importantes cuestiones de hecho que sólo a los Jueces de conciencia corresponde decidir. Esas disposiciones especiales, principalmente consignadas en los artículos 601 a 605 del mencionado Código, contemplan casos de excepcional atenuación dentro de los homicidios voluntarios, y esa fisonomía de atenuación, en forma tan importante y delicada, no puede darla sino el Jurado al resolver sobre la mayor o menor responsabilidad. De suerte que la regla general, cuando se trata de homicidio simplemente voluntario, y cuando el Jurado no le ha agregado a su contestación circunstancia o hecho alguno en el cual pudiera basarse el Juez de Derecho para aplicar uno de los artículos de que se viene hablando, es imponer la pena que prevé el artículo 600 del Código Penal, o sea, la de seis años de presidio. Sólo por excepción, y en virtud de la facultad que otorga el inciso 2º del artículo 602, puede el Juez aplicar una penalidad distinta a ciertos casos de homicidio simplemente voluntario, definidos en los numerales 1º, 2.º, 4º, 5.º y 7º del artículo 587.» (1) (Casación, octubre 18 de 1930) XXXVIII..... 215, 1ª

HOMICIDIO. 161—Un recurrente, contra la sentencia de un Tribunal que impuso al acusado la pena de nueve años de presidio, como reo de homicidio simplemente voluntario, afirmó que hubo violación de la ley penal al aplicar el artículo 600 y no la pena atenuada del 604.

«En el caso de autos, la respuesta categóricamente afirmativa sobre una pregunta en que se contempla un homicidio involuntario sin atenuación especial, no permite la aplicación del artículo 604, porque, como lo ha venido sosteniendo la Corte en numerosos fallos, es preciso que el veredicto declare en alguna forma los elementos de hecho a que se refieren disposiciones especiales que atenúan la responsabilidad por homicidio voluntario, como la del artículo 604, para que ellas vengan a ser las aplicables. Y no es esto lo que sucede con el veredicto pronunciado en esta causa.

(1) Véanse, entre otros, fallos similares: Casación, 31 de octubre de 1928, XXXVI, 12, 1ª, y la sentencia de 26 de febrero de 1927, «Gaceta Judicial,» números 1749 y 1750.

Págs.

El Jurado pura y simplemente afirmó la responsabilidad que el Juez de Derecho estimó ser la de homicidio simplemente voluntario en los casos generales que sanciona el artículo 600 con la pena de seis a doce años de presidio, por cuanto tal veredicto en ninguna manera contiene las circunstancias de hecho que el artículo 604 tiene en consideración para atenuar de modo especial el homicidio. Ni podía el Tribunal desechar el veredicto o modificarlo con el pretexto de fijar el valor y alcance de determinadas pruebas, sin menoscabar o usurpar las atribuciones del Jurado; pues habiéndose proferido el veredicto sin sujeción a la tarifa legal, le estaba vedado al Juez de Derecho desconocer estos principios para sujetar su fallo a normas distintas. Puede y debe el Juez de Derecho examinar las pruebas y valorarlas para sustentar una declaración de injusticia notoria del veredicto, pero de esto no se trata en el asunto que se estudia, ni habría materia para una decisión semejante.» (1) (Casación, marzo 20 de 1931), XXXVIII 466, 2ª

HOMICIDIO EN LOS CASOS DE LOS ARTÍCULOS 603 a 605 DEL CÓDIGO PENAL. 162—Se alegó por un recurrente que se había cometido un homicidio en las circunstancias de atenuación que contemplan los artículos 603 a 605 del Código Penal.

La Corte dice:

«En relación con este punto, o sea con la aplicación de los artículos 603 a 605 del Código Penal, la Corte ha repetido en varios fallos que, para poder aplicar esas disposiciones, se necesita que el Jurado haya reconocido en alguna forma las circunstancias de atenuación que contemplan, pues teniendo ellas un carácter de hecho, su reconocimiento solamente corresponde a los Jueces de esa clase; y como en el presente caso la contestación fue sencillamente afirmativa, sin agregación alguna, el homicidio quedó comprendido en la categoría de los simplemente voluntarios, al cual corresponde la penalidad que tuvieran en cuenta los Jueces de instancia, o sea, la señalada en el artículo 600 del Código Penal.» (2) (Casación, agosto 9 de 1930) XXXVIII 101 1ª

— SIMPLEMENTE VOLUNTARIO EN RIÑA PROVOCADA POR EL QUE MURIÓ. 163—A un Jurado se le preguntó si el acusado era responsable de haberle dado muerte a un individuo con voluntad e intención, a lo cual respondió: «Sí, en riña provocada por el occiso.» El Juez condenó al encausado a la pena de siete años de presidio, calificada la delincuencia en ínfimo grado, y con aplicación de los artículos 600, numeral 7.°, 587 y 124 del Código Penal. Confirmada esa sentencia por el Tribunal correspondiente, recurrió en casación el condenado, alegando, entre otras causales, la primera del artículo 3.° de la Ley 78 de 1923, manifestando que debió aplicar el sentenciador la pena atenuada que señala el artículo 602 del Código Penal, en su inciso 1.°, porque 'procurar hacer diferenciación, dijo, entre las palabras del artículo 587 del Código Penal en su inciso 7.°, con lo dispuesto por el inciso 1.° del artículo 602 del mismo, es querer llevar a los Jueces de Conciencia a que invadan el campo de los Jueces de Derecho, y ni aun en este caso, porque es bien sabido que en nuestro Derecho no existen palabras sacramentales, y muchísimo menos pueden existir cuando se trata de Jueces de hecho, los cuales fallan únicamente de acuerdo con su conciencia, y nada más.»

Expuso la Corte:

«Se advierte en primer término que el recurrente olvidó estudiar las diferencias que existan entre el caso que contempla el numeral 7º del artículo 587 y el contenido en el inciso 1º del artículo 602, con el fin de deducir las respectivas consecuencias jurídicas; pues el primero se refiere al responsable de homicidio voluntario, 'por causa de una riña provocada por el que murió'.....; y el segundo caso, o sea el del inciso 1º del artículo 602, se refiere al responsable de homicidio voluntario, que lo cometa, 'en riña promovida por el que murió.....' El condenado estima que es esta última disposición aplicable, pero sin tomarse el trabajo ni tener el cuidado de analizar la primera citada, y que corresponde precisamente a los términos en que está redactado el veredicto. Aún aceptando en gracia de discusión, que al comparar esas dos disposiciones no se encontrare una diferencia fundamental entre las expresiones *provocar* y *promover*, de suerte que en caso de duda hubiera de estarse a lo más favorable, es decir, que en el presente caso de preferencia se imponía la aplicación de la pena atenuada que contiene el inciso 1º del artículo 602, tal conclusión sería acertada si estuvieran reunidas las demás condiciones que exige esta disposición de carácter especial: Y esas condiciones no se han cumplido, pues falta una de ellas, la principal: no basta que la riña haya sido promovida por el que murió, sino que es necesario que en la accion delictuosa 'no haya habido traición o alevosía por parte del homicida. 'El proceso da cuenta, con testimonios imparciales y dignos del mayor crédito y fe, que Goyeneche atacó con puñal a Monsalve, cuando éste no esperaba semejante ataque, cuando se encontraba inerme y en actitud pacífica..... Por lo mismo

(1) Concordancia: número 1884, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) Véase la «Gaceta Judicial,» número 1812. Concuerda con esta doctrina la del número 1884 del tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

que estas disposiciones de carácter especial, como la del 602, establecen una penalidad excepcionalmente atenuada, es necesario que concurran todas las circunstancias que ellas exigen para que su aplicación sea correcta. Y así, en un caso como el actual, dada la forma como está redactado el veredicto, es una obligación para el Juez de Derecho, estudiar las pruebas del proceso, con el fin de interpretar el veredicto en la forma que mejor consulte los intereses de la justicia. Si el veredicto estuviera concebido en términos que correspondieran a lo que prevé el inciso 1º del artículo 602, como lo pretende el recurrente, aunque sin intentar demostración alguna, no hay duda que ese estudio sobre pruebas, no tratándose, como no se trata, de la declaración de injusticia notoria, sería inoportuno e innecesario, pues aun cuando del examen de esas pruebas pudiera resultar comprobada otra cosa, el veredicto habría que aceptarlo en toda su integridad y alcance. Mas, como no es esa la situación que aquí se contempla, puesto que el veredicto no da margen para imponer al responsable la penalidad atenuada de que trata ese artículo, se imponía la necesidad de saber si entre las disposiciones generales que sancionan los homicidios voluntarios, existía alguna que correspondiera en su fondo, y aun en su forma a los hechos, tales como fueron declarados por los Jueces de Conciencia, y entre ellas está precisamente el ordinal 7º del artículo 587, mencionado atrás, que contiene hasta las mismas expresiones que emplearon los Jurados al contestar el interrogatorio, o sea que Goyeneche era responsable de un homicidio voluntario, 'por causa de una riña provocada por el que murió.' El reo de homicidio simplemente voluntario, dice el artículo 600 del Código Penal, sufrirá la pena de seis a doce años de presidio, menos en los casos previstos en alguna disposición especial. Es así que no se trata de uno de esos casos especiales, luégo este artículo estuvo debidamente aplicado por los Jueces de instancia.» (Casación, XXXVIII, junio 18 de 1931)..... ..... . 532, 1ª y 2ª

I

IGLESIAS. 164—Terrenos adyacentes a éstas. Se demandó en reivindicación, unas zonas adyacentes a una iglesia parroquial, en el concepto de que el Derecho canónico prescribe que éstas deben tener un espacio libre que las circunde. La Corte declara que no es casable la sentencia del Tribunal que negó la reivindicación solicitada en ese punto y sienta esta doctrina:

«..... Hay que declarar que si las iglesias deben tener un espacio libre que las circunde, según los cánones, ese espacio no puede ser ocupado sobre los predios adyacentes sin permiso de los dueños. En otros términos, si el Derecho canónico exige esas rondas al rededor de los templos, ello no implica que los dueños de esos terrenos sean privados de su propiedad por esa disposición canónica. En el caso que nos ocupa, la iglesia de Zipaquirá no ha demostrado que haya adquirido el terreno adyacente al edificio del templo para las rondas, y si el Derecho canónico prescribe tal cosa, ello debe ejecutarse al construír el templo y en terreno de la iglesia, ni ella, por la disposición canónica, adquiere dominio sobre ellos, pues como ya se dijo, la iglesia, como persona jurídica, está sometida a las leyes civiles en los actos y contratos que celebre en ese carácter, al igual de cualquiera otra entidad jurídica. Bien es cierto que la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero los contratos civiles y los actos ejercitados por la Iglesia en sus relaciones particulares, caen bajo el dominio de las leyes civiles. Más claro, la Iglesia en Colombia no puede adquirir el dominio sino de acuerdo con las disposiciones civiles, al igual de cualquiera persona natural o jurídica. El hecho de que el Derecho canónico sea independiente del civil, no implica que la Iglesia en sus controversias con los particures, en ejercicio de los derechos reconocidos por la ley civil, escape a esta ley para acogerse a la canónica. Esta pretensión jamás la ha tenido la Iglesia Católica en Colombia.» (Casación, diciembre 10 de 1930), XXXVIII.. 380, 1ª

IMPEDIMENTO. 165—El hecho de ser uno de los miembros del Jurado tío del Fiscal, no constituye impedimento legal al tenor del ordinal 4º del artículo 243 de la Ley 57 de 1887, que se refiere a que el designado sea ascendiente, descendiente o hermano del Fiscal. (Casación, octubre 16 de 1930), XXXVIII..... 191, 1ª

IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN. 166—Inicióse un juicio ordinario sobre reforma de un testamento, y en ese juicio fueron reconocidos como legitimarios unos individuos legitimados; se alegó que no aparecía probado que el acta de legitimación les hubiese sido notificada a los legitimados.

«Olvida el autor del recurso que, conforme al artículo 249 del mismo Código, sólo el supuesto legitimado o sus descendientes legítimos en el caso que el artículo prevé, pueden impugnar la legitimación, por haber-

Págs.

se omitido la notificación prevenida en el artículo 240.» (Casación, febrero 18 de 1931) (1)..... 443, 2ª

INCONGRUENCIA. 167—Se acusó una sentencia de defectuosa, a causa de no haberse decidido en ella con pronunciación especial sobre la cuestión de nulidad de una diligencia de deslinde. El Juez falló declarando infundada la demanda de oposición en que se planteó la nulidad, y el Tribunal acogió en un todo la sentencia de primer grado, que dijo: «Declárase infundada la demanda de oposición.»

«No es incongruente la sentencia si ella, al revisar la de primer grado, que trató todos los puntos sujetos a controversia, se limita a acogerla totalmente, pues en tal caso 'es claro que no omitió decidir la supradicha cuestión.'» (Casación, octubre 17 de 1930) XXXVIII..... 204, 1ª

INDICIOS. 168—En la apreciación de los indicios es soberano el Tribunal. (2) (Casación, febrero 4 de 1931), XXXVIII 434, 1ª

— 169—Se alegó que el Tribunal había pasado por encima de los indicios que demostraban que determinado contrato había sido simulado.

«Como observación general y sin entrar en el análisis de cada una de las pruebas que enuncia el recurrente, basta anotar que ellas fueron aducidas para probar ciertos hechos constitutivos de indicios, y que en concepto del recurrente servían para demostrar la simulación del contrato. Ahora, dado que tales hechos estuvieran comprobados, la apreciación del Tribunal en cuanto a su fuerza probatoria, es soberana. Y no basta para atacarla alegar que las pruebas en que se apoyan los hechos inductivos son fehacientes, sino que es preciso, además, demostrar, según doctrina constante de la Corte, que la estimación de los hechos constitutivos de los indicios padece de error evidente de hecho o de derecho.» (3), (4) (Casación, febrero 28 de 1931, XXXVIII..... 547, 1ª

— 170—Se alegó que una sentencia había fundado la condenación del demandado recurrente en meros indicios que hacían aparecer que el préstamo hecho por el Gerente de una Compañía de comercio a un socio de otra compañía de esta naturaleza, se había efectuado, no entre personas particulares y sin ánimo de obligar a la compañía del socio que recibió el dinero por medio de un cheque, sino entre las dos personas sociales, y que, por tal razón, se había violado el artículo 590 del antiguo Código Judicial. (1).

«Según la parte del fallo que se deja preinserta, no fueron meros indicios sino la propia confesión de Escobar T., el fundamento principal del fallo recurrido. Ante esa prueba, quedaba la cuestión contraída a elucidar la calidad en que obraron ambos contratantes, y esta calidad se vino a esclarecer expresamente con el texto del referido cheque, girado a favor de hijos de Diego Escobar &, Compañía. Las otras consideraciones del Tribunal contribuyen a reforzar tal cunclusión, sin haberse erigido en base cardinal de la sentencia serie alguna de indicios. Verdad es, sí, que el fallo de primera instancia aparece fundado desde tal punto de vista, pero ello no destruye los fundamentos del de segunda instancia. Y si debe entenderse que el Tribunal sentenciador prohijó en cierto modo las razones del Juez, la Corte no estima tampoco que por ello haya incurrido en error manifiesto de hecho. Esta corporación ha dicho: 'La ley ha dejado amplia facultad al juicio y conciencia del juzgador para apreciar la fuerza probatoria de los indicios concurrentes y establecer así presunciones distintas de aquellas que la ley expresamente establece. Impenetrable desde luégo es a menudo el grado de ascenso mental con que esa prueba induzca hacia la respectiva conclusión; y, por lo tanto, no puede rechazarse en casación. Según lo dicho, mientras no se comprueba error de hecho evidente, como sucedería si los indicios no estuviesen probados o fuesen desvanecidos totalmente (lo que no ocurre ahora), o, aunque probados no dijeran ninguna relación a lo que se pretende dar por establecido. Conforme estos conceptos, hay, además, abundante jurisprudenci ade la Corte.» (2). (Casación, diciembre 3 de 1930, XXXVIII..... 353, 1ª y 2ª

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA COSA REIVINDICADA. 171. (Véase la doctrina expuesta en el número 126, bajo el título «Especificación de la cosa reinvindicada.»

INEXEQUIBILIDAD. 172 — Fueron acusados como opuestos a la Constitución Nacional los artículos 6.° y 7.° de la Ley 72 de 1917, en cuanto por ellos se ordena la revisión de los fallos sobre pensiones militares.

«El hecho de que se haya impuesto a los pensionados del Tesoro Público, a algunos de ellos, la obligación de someter sus pensiones a una revisión por el Consejo de Estado, en

(1) Concordancia: número 2251, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) Concordancias: números 1482, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte,» 1226, tomo 2º, 2,001, 2,002, 2,004, 2,007, 2,010, 2,011, 2,012, 2,013, tomo 3º

(3) Véase el número 50 del tomo XXXVI, número 1847, de la «Gaceta Judicial,» entre otras muchas doctrinas.

(4) Concordancias: números 1,929, 1,928, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte, 1,226, tomo 2º, 2,001, 2,002, 2,004, 2,005, 2,007, 2,010, 2,011. 2,012, 2,013, tomo 3º.

(1) Artículo 665 del Código Judicial.

(2) Concordancias sobre apreciación de la prueba indiciaria: números 1482, tomo 1º, 1226, tomo 2º 2001, 2002, 2004, 2007, 2010, 2011, 2012, 2013, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

manera alguna implica el desconocimiento de sus derechos. Lo que ocurre es que se ha sujetado la subsistencia de ese derecho a una condición que aquellos deben llenar y de la cual han quedado impuestos por las leyes respectivas. El respeto de un derecho no impide que el legislador pueda regular su ejercicio y señalar en tal virtud los requisitos necesarios para su posterior efectividad. En el caso que se examina, no ha hecho otra cosa la ley que prescribir un requisito a que deben someterse los pensionados para el goce de su derecho, sancionando con la suspensión indefinida de éste, la inobservancia de dicho precepto; es decir, ha regulado el ejercicio de ese derecho, sin desconocerlo. Lo que se viene diciendo no es otra cosa que una aplicación de la norma consagrada en el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, conforme a la cual, los derechos nacidos bajo una ley subsisten bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en todo lo tocante a su extinción, prevalecen las disposiciones de la nueva ley. Igual doctrina sentó la Corte en sentencias de 16 de diciembre de 1914, sobre inexequibilidad de la Ley 3ª de 1907, y de 9 de noviembre de 1929, sobre inexequibilidad de la Ley 84 de 1927». (1) (Sentencia, julio 28 de 1930, XXXVIII. 162, 1ª y 2ª

INEXEQUIBILIDAD. 173—Se acusaron como opuestos a la Constitución Nacional los artículos 1.°, párrafo 1.° y 12 de la Ley 102 de 1927, en cuanto por ellos se ordena la revisión de los fallos sobre pensiones militares. (Véase la doctrina expuesta en el punto anterior).

— 174—Se acusó como inexequible el artículo 12 de la Ley 102 de 1927 que dispone que El Consejo de Estado dicte un acuerdo relativo al procedimiento breve y sumario que la misma corporación debe seguir en la revisión de las pensiones, con lo cual se declina en el Consejo de Estado la facultad que el Congreso tiene de establecer el procedimiento judicial y se afirma que con ello rebasa las atribuciones que el legislador puede ejercer por medio de leyes, una vez que el artículo 76 de la Constitución, al enumerar dichas atribuciones, no menciona la de delegar en el Consejo de Estado ni en ninguna otra entidad, la facultad privativa que tiene el Congreso de arreglar el procedimiento judicial, el cual debe ser establecido por medio de leyes.

Dice la Corte:

«Se observa: el artículo 3º de la Ley 116 de 1928 dispuso: 'el procedimiento en los juicios de pensiones será para el Consejo de Estado el indicado en los acuerdos números 2 y 5 de 1928 dictados por aquella entidad, los cuales podrán modificarse por el Consejo.' A virtud de este texto legal la acusación que se estudia ha venido a quedar desierta por sustracción de materia, una vez que la disposición que autorizó al Consejo de Estado para acordar el procedimiento breve y sumario que el mismo Consejo debía seguir en la revisión de las pensiones, no está produciendo hoy efecto a causa de haber sido reemplazada por la disposición preinserta que dio carácter de ley a los acuerdos expedidos por el Consejo de Estado para arreglar el procedimiento observable en la revisión de las pensiones. Esto hace que no haya lugar a considerar dicha acusación (1).» (Sentencia julio 28 de 1930) XXXVIII..... 162, 163 2ª y 1ª

(1) No son, pues inexequibles tales artículos.

Págs.

INEXEQUIBILIDAD. 175—Fueron acusados como inconstitucionales, los artículos 1.° y 2.° de la Ley 72 de 1930, porque se afirmó que privar del derecho de sufragio a los militares en servicio y a los miembros de la Policía Nacional, Departamental y Municipal, era tanto como declarar que no eran ciudadanos, y que se pecaba abiertamente contra el artículo 168 de la Constitución Nacional al extender el principio constitucional de que la fuerza armada no es deliberante, a la Policía Nacional, a la Departamental y a la Municipal.

La Corte, al declarar que no son inconstitucionales los artículos de la ley acusada, dice:

«El derecho de elegir es apenas un atributo de la ciudadanía, pero no es la ciudadanía misma. Para elegir o ser elegido se requiere ser ciudadano de acuerdo con el artículo 18 de la Constitución; pero para ser ciudadano no se necesita el ejercicio de la facultad constitucional del sufragio..... Es regla legal de hermenéutica que las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, a no ser que el legislador las haya definido expresamente (artículo 28 del Código Civil). El legislador no ha definido la *fuerza armada*, por lo cual es preciso tomar esa expresión en su significado común.... Ni vale argüir contra lo dicho que el artículo 168 se refiere sólo a los militares, por el hecho de haber establecido el artículo 21 que los militares en servicio activo quedan exentos de responsabilidad personal recayendo ésta en el superior que da la orden, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, porque ese artículo sólo establece excepción al principio general de la responsabilidad, ni puede inducirse de allí que el constituyente haya definido la fuerza armada, limi-

(1) Concordancia: cuando una disposición legal ha sido derogada, la Corte carece de materia para decidir respecto de su nexequibilidad. (Número 2049, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte,» y número 2051, bis).

Págs.

tándola sólo al Ejército. La Policía, y en general los cuerpos armados de carácter permanente, están virtualmente comprendidos en la *fuerza armada* porque aquellos entran esencialmente en la definición de ésta.» (Sentencia, septiembre 16 de 1932). XXXVIII..... 164 y 165 1ª y 2ª

Salvó su voto el Magistrado doctor Juan E. Martínez.

INEXEQUIBILIDAD. 176—Se solicitó que se declararan inexequibles los artículos 25, 27, 28 y 32 de la Ley 58 de 1931 sobre superintendencia de sociedades anónimas, pero como esa ley fue suspendida en su vigencia por el artículo 88 de la Ley 134 del mismo, la Corte dijo:

«Suspendida la ley, no hay por qué decidir si los artículos de ella que se encuentran acusados como contrarios a la Constitución, son inexequibles o nó». Y agrega, citando una doctrina anterior..... 'Ha decido la Corte de manera constante que para que haya lugar a fallar sobre la inexequibilidad de un acto acusado, es menester que éste se halle en plena vigencia. Y es que no siendo la decisión sobre inexequibilidad, según la acepción jurídica de este vocablo, otra cosa que la declaración de que el acto sobre que ella versa no puede ejecutarse, tal declaración presupone la vigencia de dicho acto, ya que lo que no está en vigor, por el solo hecho de no estarlo, no es susceptible de ejecución. Conduce lo anterior a demostrar que habiendo sido suspendida por el mismo legislador la vigencia de la ley acusada, la función defensora de la Corte no tiene sobre qué ejercerse, por sustracción de materia.» *Gaceta Judicial*, números 1689, y 1690, correspondientes al 7 de septiembre de 1926, tomo XXXII. (1) (Sentencia, julio 25 de 1932, XXXVIII..... 121, 2ª

— DE LEYES QUE APRUEBAN CONTRATOS 177—La Corte declara que en casos tales no tiene cabida la acción pública. (Véase la doctrina expuesta bajo el número 5, con el título *Acción pública*).

INJURIA. 178—Para estimar la calidad o la mayor o menor gravedad de la injuria es necesario tener en cuenta no sólo la situación del que la irroga, sino también la del que se presenta como ofendido. No tiene, no puede tener el mismo valor y alcance la ofensa contra el ciudadano que ni directa ni indirectamente ha dado ocasión a ella, que cuando ha mediado una provocación por parte de éste. Es tan importante esta consideración, que los Códigos Penales, inclusive el nuestro, llegan a eximir de toda pena cuando han mediado ofensas recíprocas.

(1) Concordancia: número 2051, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

Sentencia, número 1877, septiembre 29 de 1931) XXXVIII..... 587 1ª y 2ª

INSPECCIÓN OCULAR EN LOS BANCOS. 179—Un denunciante de bienes ocultos, con el fin de probar administrativamente la existencia de ellos, pidió al Ministerio de Hacienda que decretase una inspección ocular en los archivos de los Bancos.

«Mal puede decirse por otra parte que en el caso concreto que aquí se contempla tuviera el Gobierno la facultad de decretar la inspección ocular solicitada por el demandante, una vez que el artículo 32 del Decreto número 553 de 4 de abril de 1925, por el cual se reglamenta el procedimiento administrativo en el denuncio de bienes ocultos del Estado, y que debe considerarse incorporado en el contrato de que se habla, por estar vigente a la fecha de la celebración de éste, limita la facultad del Gobierno en materia de inspecciones oculares a las que hayan de practicarse en las oficinas dependientes de los Ministerios o Departamentos Administrativos del Despacho Ejecutivo. Lo cual quiere decir que respecto de oficinas particulares, como son los bancos, no tiene cabida la indicada prueba en los casos de denuncio de bienes ocultos.» (Sentencia de la Sala Civil de única instancia, agosto 25 de 1932), XXXVIII..... 171, 2ª

INTERES EN LA SOLICITUD DE NULIDAD POR SIMULACIÓN DE CONTRATO. 180—Casi en vísperas de morir en la ciudad de Medellín el señor Antonio Santamaría E., hombre rico, vendió todos sus bienes por cuotas partes iguales a cada uno de sus hijos llamados Antonio, Clara, Emilia y Matilde Santamaría R., quizá para que no se siguiese su correspondiente juicio de sucesión. Por este motivo el Síndico Departamental de Antioquia demandó en juicio ordinario a las personas nombradas para que se declarase la nulidad, por simulación de los contratos de venta que constan en las escrituras que relacionó. Presentó la demanda ante el Tribunal de Medellín, el cual falló el pleito no accediendo a hacer las declaraciones pedidas. La Sala de Negocios Generales de la Corte confirmó en todas sus partes la sentencia que apeló el actor, trascribiendo los siguientes pasos que acogió como fundamento de su fallo:

«Según el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 se puede alegar la nulidad de los actos civiles por todo el que tenga interés en ello, excepto el que haya ejercitado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. La declaración de nulidad ha sido pedida aquí por la Nación, que no intervino en la celebración de los contratos. Precisa estudiar, pues, si la Nación, como persona jurídica, tiene interés en esa declaración. El interés a que se refiere la disposición citada, es solamente un *interés jurídico*, un interés

Págs.

actual y directo, no eventual y de mera espectativa. Así lo ha dicho la Corte Suprema en muchas ocasiones. (Números 2075, 51, 92, 1845, 2924, 3783 y otros, del tomo tercero de la *Jurisprudencia de la Corte.*) En el caso de este pleito, el interés se hace consistir en que, declarada la nulidad la Nación tendría derecho a cobrar un impuesto sobre la mortuoria de Antonio Santamaría. Pero no se ha probado que, considerando los bienes materia de los contratos como de propiedad de la mortuoria, haya lugar al impuesto, ya que éste grava solamente el haber líquido, y no se sabe si el señor Santamaría debía al morir cantidades cuyo valor exceda al de los bienes vendidos. Se observa también que a la fecha de los contratos la Nación no tenía un interés jurídico actual, directo y positivo, sino uno futuro, eventual e indirecto, porque sólo tenía la expectativa de llegar a ser acreedor de los herederos, en razón de los bienes pertenecientes a la mortuoria, y que si los herederos pueden pedir la nulidad de los actos ejecutados por un causante, no obstante que la fecha de tales actos tampoco tiene sino una mera expectativa ello es porque representa la persona de su causante, lo que no ocurre en los acreedores hereditarios ni en los herederos. Por estas razones se puede considerar que los actos acusados, supuesto el vicio que se les atribuye, no lesionaron derechos de la Nación, relativos a la renta sobre las mortuorias, sino que alejaron o extinguieron una mera expectativa....» (Sentencia, número 1877, mayo 13 de 1931, XXXVIII, ... 595, 2ª

INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. 181—Autorizada una mujer casada para intervenir en un juicio por sí sola y no habiendo hecho ella objeción ninguna—era el caso—a la partición de bienes presentada en ese juicio, mal puede el marido, una vez asumida la representación de su mujer alterar los estados jurídicos creados por la justicia con intervención de la mujer autorizada legalmente para ejercer esos derechos recurriendo en casación contra la sentencia de partición, pues su mujer, cuando era hábil para comparecer en juicio, no le hizo objeciones a la partición y se conformó con ella. (Auto, septiembre 25 de 1930,) XXXVIII 89, 2ª

Véanse también: casación, 12 de noviembre 1896, XII, 130, 1ª; Casación 17 de diciembre de 1912, XXII, 266, 2ª y número 2008, tomo I de la *Jurisprudencia de la Corte.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS. 182—La regla del artículo 1620 del Código Civil para la interpretación de los

Págs.

contratos no es única: al fallador le es dado, en vista de las circunstancias de cada caso, aplicar la regla que estime conducente entre las consignadas en el título XIII del libro 4º» (Casación, XXXVIII, número 1869, octubre 17 de 1930... ..... 183, 2ª

— DE LEY PENAL. 183—Luis Francisco y María Luisa Calderón fueron condenados por el Juez Superior de Bucaramanga a la pena de veinte años de presidio y cinco de reclusión, como responsables del delito de homicidio con circunstancias de premeditación y asesinato. El Tribunal reformó la sentencia en el sentido de condenar a cada uno de los procesados a la pena de veinticinco años de presidio. Se trataba de un doble asesinato. Interpuesto recurso de casación por el condenado Luis F. Calderón, se señaló como motivo de casación el haberse violado el artículo 71 del Código Penal, por habérsele condenado a veinticinco años de presidio, siendo así que esa disposición, dijo el recurrente, no permite imponer más de veinte, sea por uno o por varios delitos; si se dijo, agrega, «por un solo delito,» pudo ser una mala redacción del artículo, pero en todo caso se ve claro que el Código no quiere someter a un individuo a las torturas corporales que representan veinte años de presidio, y así como resolvió considerar como inhumana y perjudicial la pena de muerte—y al efecto la suprimió—en la misma forma considera inhumana la de presidio por más de veinte años, y resolvió suprimirla para que se pague el resto en reclusión. Para este caso el artículo aplicable es el 57 del mismo Código Penal que señala el máximo de la pena de presidio.»

Falla la Corte:

«No cabe la interpretación que pretende el recurrente, porque las disposiciones penales que él mismo cita dicen claramente otra cosa. En efecto: lo que dispone el artículo 71, es que en ningún caso la pena de presidio, cuando se trata de un sólo delito, exceda de veinte años, pues el resto, si hubiere lugar a más pena, se sufrirá en reclusión. Mas cuando se trata de varios delitos, la situación es diferente, porque entonces lo importante es que la pena en ningún caso exceda de veinticinco años, pudiendo ser todos de presidio. De ahí que el artículo 57 exprese que la pena de presidio que se imponga por un delito no puede exceder de veinte años, de suerte que si son varios, esta disposición no es ya la aplicable. Resalta con mayor claridad la conclusión anterior, si se tiene en cuenta que el inciso 2º del artículo 147 del Código Penal, establece que cuando se trata de varios delitos, puede 'la totalidad de la pena exceder del máximo de la que puede imponerse *de cada clase* (subraya la Corte), por un sólo delito,' Por clase de pena se entiende aquí la de presidio o la de reclusión, o la de prisión, etc.; de suerte que en el presente caso, en que se trata de dos asesinatos, la

Págs.

clase de pena, que es la de presidio, puede exceder de la de veinte años que es la señalada como máximo para un sólo delito; la única restricción que pone la disposición que se viene examinando, es la de que la totalidad de esa pena de presidio no exceda de veinticinco años. No sería justo que correspondiera la misma penalidad al delincuente que resulta responsable de un sólo delito, que al autor de varios hechos criminosos; y aun cuando nuestro atrasado Código Penal fue expedido en época en que todavía no se habían difundido en su totalidad las nuevas doctrinas sobre individualización de la pena, es lo cierto que siempre contiene alguna amplitud, que permite acomodar, por lo menos relativamente, la sanción a la peligrosidad del delincuente.» (Casación, XXXVIII, número 1877, mayo 26 de 1931).... .... 569, 1ª

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. 184—Norma para interpretarlos. Se alegó el quebrantamiento del artículo 879 del Código Civil en cuanto se dijo que el Tribunal de Pamplona había interpretado una cláusula de una escritura como constitutiva de una servidumbre de tránsito, a tiempo que los términos de la escritura no eran precisos o claros sobre ese punto.

«.....Es evidente que la cláusula generadora de la disputa no está redactada técnicamente, empleando los vocablos o locuciones que trae la ley civil al ocuparse en estas materias; pues en ella no se dijo que se gravaba un predio a favor del otro con una servidumbre de tránsito, pero también es verdad que 'la ley no reconoce palabras sacramentales, y que la intención de las partes es la norma suprema para la interpretación de los contratos. Si las partes quisieron obligarse mutuamente por cierto lazo jurídico, ese consentimiento no puede depender de las palabras empleadas para manifestarlo, que es cosa adjetiva.....» (Casación, XXXVIII, numero 1867, septiembre 5 de 1930..... ..... 88, 2ª

INTERPRETE PARA ASUNTOS CRIMINALES. 185—Dispone el artículo 18 de la Ley 104 de 1922 que «si el interrogado no entendiere el idioma nacional, será examinado por intermedio de un intérprete que prestará juramento de conducirse bien y fielmente en el desempeño de su cargo.» El sentido natural y obvio de esta disposición está indicando claramente que el intérprete sólo es necesario cuando se trata de interrogar a alguna persona que sin poseer el idioma nacional deba rendir declaración dentro del proceso, caso que no puede equiparar se con el de una notificación personal. Es cierto que el auto de proceder es de trascendental importancia en los procesos criminales, comoquiera que allí se concretan y puntualizan contra el acusado los cargos emanados del informativo y se señala el momento en que el juicio principia y en que la defensa propiamente dicha debe iniciarse, y por eso quiere la ley que la notificación sea personal, pero no exige que sea hecha con asistencia de intérprete en casos como el de que se trata, porque entonces el defensor está en la obligación de hacerle saber a su cliente el contenido y el alcance del enjuiciamiento, cosa que no sucede en el acto de declarar que es por naturaleza personalísimo; y es claro se que si trata de la indagatoria, solamente el sindicado puede confesar su delito, o bien, afirmar su inocencia y presentar descargos. (Casación, septiembre 13 de 1930) XXXVIII. 145 y 146 2ª y 1ª

INVENTARIO JUDICIAL. 186—No es un simple dictamen pericial, sino un acto solemne.

Se acusó una sentencia de violación, por falta de aplicación al caso, del artículo 79 de la Ley 105 de 1890 que dice que «el dictamen pericial no es por sí plena prueba» y que «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 espresarán la razón de su determinación.» (1) Se refería el cargo a la declaración que hace la sentencia de que «los inventarios y avalúos del juicio de sucesión son la base de la partición, y deben constituír la única base que debe tenerse en cuenta para inferir en esta litis si el testador vulneró las legítimas.» Dijo el recurrente que el avalúo de bienes es un dictamen pericial que versa sobre el valor de determinada cosa y que está sujeto en cuanto a su valor probatorio a lo dispuesto en el artículo invocado; que el Tribunal cometió error de derecho al no apreciar el dictamen o avalúo, ni fijar la estimación de la cosa, expresando las razones de su determinación y que solamente se contentó con hacer la declaración transcrita.

Sienta la Corte esta doctrina:

«El recurrente olvida la naturaleza del documento que el Tribunal tomó como prueba sustancial y base de su sentencia. Un inventario judicial, tal como el que se estudia, no es un simple dictamen pericial, sino un acto solemne en que si bien entra como requisito el avalúo pericial, concurren otras solemnidades que el Código de Procedimiento prescribe. Es el resultado de una actuación judicial, la cual constituye una de las etapas o grados en el juicio de sucesión por causa de muerte, que en cuanto se relacione con la jurisdicción graciosa, comienza con las diligencias que ponen en seguridad los bienes y termina con el acto de partición asentido por los interesados Es el documento emanado de autori-

(1) Artículo 632 Ley 105 de 1931.

Págs.

dad pública en que se dejan relacionados los bienes del difunto, y estimado su valor mediante avalúo pericial que ha pasado por el crisol que establece el Código Judicial para esta clase de pruebas. La diligencia de inventario es, en suma, un instrumento auténtico (artículo 678 del Código Judicial), que tiene el valor de plena prueba acerca de su contenido (artículo 681 ibídem), con sólo su presentación regular en juicio: *probat se ipsa.*» (1) (2) (Casación, agosto 27 de 1930) XXXVIII.... ..... 84, 2ª

IRREGULARIDADES EN LA SECUELA DE UN JUICIO. 187. (No constituyen nulidad de acuerdo con los artículos 1740 y 1741 del Código Civil). En el juicio ordinario que se siguió ante el Juez 1.° del Circuito en lo Civil de Girardot sobre nulidad del juicio divisorio de los terrenos denominados Guavinal, Yesal, Barzalosa y Zanjahonda, y sobre otros extremos, fue acusada la sentencia del Tribunal de Bogotá como violatoria de los artículos 1748, 1749 y 1750 del Código Civil de Cundinamarca; 1740 y 1741 del Código Civil vigente y 15 de la Ley 95 de 1890, por no haberlos aplicado el Tribunal al caso del pleito, pues se fundaron los actores, para pedir la nulidad del juicio, en varios motivos de orden meramente adjetivo o procedimental, tales como el de que se pidió la división de la comunidad sin que se presentara prueba de ninguna clase con la demanda, en que ésta no fue firmada por ninguno de los herederos legítimos del causante nombrado, en que la sentencia del Tribunal en que se anuló todo lo actuado en el juicio divisorio estaba por notificarse, en que no se fijó uno de los edictos a que se refiere la Ley 30 de 1888, en que la junta de árbitros no acabó de cumplir su encargo y en otros motivos que atañen al procedimiento seguido en ese juicio.

«Los fundamentos en que se apoya esta petición están indicando que la nulidad solicitada se hace depender de irregularidades que se cometieron en la secuela del juicio divisorio, formalidades que en ningún caso, ni por ningún motivo, generan las nulidades absolutas o relativas a que se refieren los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, y 15 de la Ley 95 de 1890. Para fundamentar este aserto basta reproducir la doctrina de la Corte sobre el particular. 'Al decir el artículo 1740 del Código Civil que es nulo *todo acto* o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su *especie* y la calidad o estado de las partes, se refiere a los actos o contratos civiles celebrados entre las partes, de su libre voluntad, entre los cuales actos no quedan incluídas las sentencias judiciales. Las nulidades en la secuela del juicio o nulidades de procedimiento, ajenas a la casación, deben proponerse en el mismo juicio

Págs.

en que se incurrió en ellas.' (Casación, 30 de agosto de 1925 XXXI..... 105, 2ª

«Las disposiciones del Código Civil sobre nulidad (se aludía a la prueba del interés para alegar la nulidad), sólo son aplicables a los actos o contratos civiles entre partes, y no a las actuaciones judiciales o administrativas» (1) (2). (Casación, 12 de febrero de 1925,) XXXI..... 253, 2ª

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY 188—Una ley no puede gobernar las relaciones jurídicas creadas antes de su expedición «porque ello sería darle efecto retroactivo contra las disposiciones de los artículos 2683 del Código Civil y 28 de la Ley 153 de 1887.» (Casación, febrero 4 de 1931) 433, 1ª

JUICIO DE CARÁCTER CONTENCIOSO (Los posesorios son contenciosos). 189—N. presentó interdicto posesorio ante un Tribunal contra la Nación para que se hiciesen cesar los actos de perturbación ejercidos por las autoridades de un Municipio en virtud de orden expresa del Ministerio de Hacienda en un solar de propiedad del actor. El Tribunal se negó a conocer del juicio, manifestando en su auto que no se trataba de un juicio contencioso en que tuviera parte la Nación, sino de uno de naturaleza completamente especial, en el cual no hay contención de ninguna especie.

«No puede revocarse a duda que los juicios posesorios de que trata el capítulo VI, Título XI, Libro II del Código Judicial (3), de los cuales es uno el que pretende iniciar el señor Puche, son de carácter contencioso, pues jamás puede considerarse de jurisdicción voluntaria un juicio en que dos personas o entidades dicen ser dueñas y poseedoras de una finca raíz, y en que una lo inicia para obligar a la otra a que le entregue tal finca, y a que cese en sus actos de perturbación en ella. Entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria no hay término medio, y la circunstancia de ser más o menos sumario el juicio posesorio, según las respectivas reglas de procedimiento, no cambia su propia naturaleza. En el caso que se contempla resalta más, si cabe, la naturaleza contenciosa del juicio, puesto que el demandado puede oponerse a la demanda, contradecirla, presentar pruebas para infirmarla, etc., etc. Que la Nación tiene parte en él, es indudable, comoquiera que es precisamente la entidad demandada; y como el caso contemplado no es ninguno de los excepcionales a que alude el artículo 40 ya nombrado (4), el conocimiento del asunto en pri-

(1) Artículo 632, Ley 105 de 1931.

(2) Artículo 723, Ley 105 de 1931.

(1) Veáse el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial actual.

(2) Concordancias: números 505, tomo 1º «Jurisprudencia de la Corte,» 435, 473, 519, 535, tomo 3º

(3) Artículos 885 y siguientes de la Ley 105 de 1931,

(4) Artículo 40 de la Ley 147 de 1888.

Págs.

mera instancia corresponde al Tribunal Superior.» (Auto, Sala de Negocios Generales), XXXVIII..... 483, 2ª

JUICIOS DE EXPROPIACIÓN. 190 — El artículo 21 de la Ley 35 de 1915..... no tiene aplicación, tratándose de expropiaciones para carreteras, como ocurre en este caso. Por lo demás, se hace presente que la Corte tiene resuelto por numerosas decisiones, que la competencia para los juicios de expropiación en que sea parte la Nación, la tienen los respectivos Tribunales Superiores, con arreglo a la misma disposición invocada por el Tribunal *a quo*, o sea el numeral 1º, artículo 7.º, Ley 169 de 1896, y de acuerdo, además, con lo establecido en el ordinal 3.º del artículo 151 de la Constitución. (1) (Auto, Sala de Negocios Generales, octubre 20 de 1930), XXXVIII..... ..... 417, 1ª

— EN QUE TIENE PARTE LA NACIÓN. 191 — El Fiscal del Tribunal de SanGil, en su carácter de representante de la Nación, y autorizado especialmente por el Ministerio de Obras Públicas, demandó ante ese Tribunal la expropiación de unas zonas de terreno para el Ferrocarril del Norte. El Tribunal declaró que no le correspondia el conocimiento del asunto, invocando la Ley 35 de 1915 y el artículo 7.º de la Ley 169 de 1896.

«.....Conforme al numeral 3º del artículo 151 de la Constitución, a la Corte corresponde conocer precisamente de 'los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación.' Este precepto es el que respeta el artículo 7.º de la Ley 169 en su ordinal 12, cuando atribuye a los Tribunales Superiores el conocimiento en primera instancia de estos asuntos. Pero se dice que no obstante lo dispuesto en esa parte del artículo citado, el parágrafo de ella establece que de los juicios de expropiación conocen los Jueces de Circuito en primera instancia y los Tribunales en segunda. A esto se observa que lo establecido en el parágrafo tiene lugar en cuanto la Nación no sea parte, pues si lo es, prima lo del numeral 1.º del mismo artículo en relación con el precepto constitucional, es decir, que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia de los juicios de expropiación en que tenga parte la Nación y la Corte en segunda, para que siempre ésta intervenga. A lo anterior no se opone que el artículo 23 de la Ley 36 de 1915, diga que los Jueces de Circuito conocen de los juicios de expropiación de zonas para vías férreas en primera instancia y los Tribunales en segunda, aunque en esos juicios tengan interés los Departamentos, porque como dijo el demandante en este juicio, se excluyen así los casos en que los Departamentos estén interesados, y en que dados los términos de la ley, los Jueces de Circuito sí pueden conocer de juicios de expropiación de zonas destinadas a vías férreas. Pero queda sin resolver el caso en que la Nación sea parte en la expropiación, el cual hay que decidirlo por las disposiciones generales, y en armonía con lo que el constituyente dispuso, o sea, que los Tribunales conocen en primera instancia y la Corte en segunda. Interpretación esta que se amolda en un todo al principio que consagra el artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910, según el cual, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. Concluye, pues, la Sala, que corresponde al Tribunal Superior de San Gil conocer del juicio de que se trata, y que, por consiguiente, hay que revocar el auto en que dicho Tribunal se abstuvo de dar curso a la demanda de expropiación de zonas para la vía férrea nacional en el Departamento de Santander, promovida dicha demanda por el señor Fiscal del Tribunal mencionado.» (1) (Sentencia de 25 de agosto de 1930) XXXVIII..... 200, 2ª

JUICIOS DE EXPROPIACIÓN EN QUE TIENE PARTE LA NACIÓN 192—Se promovió ante un Tribunal demanda de expropiación de una zonas de terreno para la carretera nacional del suroeste. El Tribunal decidió que no le correspondía el conocimiento de la demanda en primera instancia. La Sala de Negocios Generales de la Corte revocó el fallo y dispuso que el Tribunal aprehendiera su conocimiento en primera instancia, por tener interés la Nación en el asunto.

«.....Si no se declararon incluídos en la regla del citado artículo 10 (de la Ley 35 de 1915) los juicios de expropiación en que sea parte la Nación, fue porque respecto de ellos se quiso dejar vigente la jurisdicción especial consagrada en el ordinal 1º del artículo 7º de la mencionada Ley 169 (de 1896), que atribuye a los Tribunales Superiores el conocimiento en primera instancia de los juicios contenciosos en que figura como parte la Nación, respetando así el precepto del artículo 151 de la Constitución, que asigna a la Corte Suprema el conocimiento de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación. No es dudoso para la Corte que los juicios de expropiación son de carácter contencioso, una vez que entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria no hay término medio, y

(1) Concordancias: números 1622, 1616, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(1) Concordancias: números 1616 y 1622, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte,» citados en otras doctrinas iguales.

Págs.

que esta última, como su nombre lo indica, es la que se ejerce *inter volentes*, al paso que conforme al artículo 1º de la Ley 67 de 1926, sólo en caso de no ser posible llegar a un arreglo amigable con el interesado, se puede proceder a iniciar el respectivo juicio de expropiación, lo cual hace ver que éste tiene lugar *inter invitos*, o sea que la jurisdicción, en estos juicios es de carácter contencioso.» (1) (Sentencia, agosto 25 de 1930, XXXVIII..... 232, 2ª

JURADO 193—Aseveró un recurrente contra la sentencia de un Tribunal que impuso al acusado la pena de nueve años de presidio como reo de homicidio simplemente voluntario, que hubo violación de la ley penal al aplicar el artículo 600 del Código Penal y no la atenuada del 604, por cuanto debió ser el Juez de derecho y no el Jurado el que debió apreciar la confesión del encausado, toda vez que los Jurados no condenan ni absuelven.

«El mismo artículo 304 de la Ley 57 de 1887 que en su apoyo cita el recurrente, atribuye al Jurado el carácter de Juez de hecho desligado de la tarifa legal de pruebas. No condena ni absuelve, pero sí declara o niega la responsabilidad del acusado para condenar o absolver, a menos que el veredicto adolezca de injusticia notoria.» (Casación, marzo 20 de 1931) XXXVIII..... 466, 2ª

JURADO. SU INTERVENCIÓN MOTIVA LA TACHA DE NULIDAD DE UN PROCESO 194—Un cronista de la prensa que había hecho graves declaraciones en ella sobre la responsabilidad de ciertos individuos en la comisión de un delito y que aun llegó a señalarlos con sus nombres llamándoles «asesinos,» fue designado Jurado y actuó, después de haberse excusado ante el Juez, porque creía haber prejuzgado automáticamente la cuestión debatida en el juicio, en la celebración de la audiencia pública. Se tachó de nulidad el proceso por esa causa, de acuerdo con los artículos 265 y 277 de la Ley 57 de 1887.

«No está en lo cierto la demanda sobre el impedimento, pues de ninguna manera se halla demostrado en los autos que el señor Perry *patrocinara* a la señora de Alvarez o al señor Gastón Potier, a quienes se les atribuye el papel de denunciantes, de manera impropia, por cuanto la investigación se inició enteramente de oficio..... Y si es cierto que el señor Perry desempeñó un papel muy importante en la investigación reporteril levantada por *El Tiempo* con motivo del pavoroso crimen de *Villa Anita* que con razón alarmó profundamente a la sociedad, mal podría decirse que por ello *patrocinara* a las personas que la demanda de casación considera inexactamente como denunciantes, sino que como vocero de la prensa periódica procuró aportar luces en pro de los intereses de la justicia, mediante datos y opiniones sujetos naturalmente a la rectificación procesal .. No patrocinó, pues, el señor Perry a denunciante alguno, y por ello no está comprendido en el ordinal 2º, artículo 243 de la Ley 57 de 1887, ni lo afectaba el impedimiento de que allí se trata para servir de Jurado en esta causa, como lo alega la demanda. Ni tampoco se le puede tachar por falta de imparcialidad por cuanto en memorial dirigido al Juez de la causa manifestara el señor Perry el escrúpulo de que por el hecho de haber intervenido en los relatos de prensa como repórter de *El Tiempo*, ya tenía prejuzgada la cuestión; pues de ninguna manera es posible confundir los datos recogidos por aquel periódico con motivo del crimen de *Villa Anita*, por muy completos que se les considere y cualesquiera que fueran los comentarios al respecto...., con las pruebas del proceso y con las providencias calificadoras de ellas conforme a las leyes de la República y por las autoridades encargadas de desempeñar los primordiales y elevados fines de la defensa social.» (1) (Casación, septiembre 13 de 1930) XXXVIII..... 147, 1ª

JURISDICCIÓN. 195—Un Tribunal conoció en segunda instancia del juicio de oposición a la solicitud de adjudicación de un terreno como baldío. Alegó el recurrente la causal de incompetencia de jurisdicción en el Tribunal sentenciador para conocer del juicio en segunda instancia, porque, dijo, los baldíos pertenecen a la Nación, la cual, por lo mismo, es parte interesada en el litigio que los afecte, y como según el artículo 7.° de la Ley 169 de 1896, los Tribunales conocen en primera instancia de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación, con excepción de aquellos que se expresan en el artículo 40 de la Ley 147 de 1888, debió conocer el Tribunal en primera instancia y no en segunda, como lo hizo.

(1) Concordancias: las mismas de la anterior doctrina, igual a la presente.

(1) «No es cierto, dice el salvamento de voto del Magistrado doctor Parmenio Cárdenas, que uno de los Jurados, con sus publicaciones en *El Tiempo* hubiera patrocinado al denunciante, pero con ellas anticipó concepto preciso y claro acerca de la responsabilidad de los que más tarde vino a juzgar como Juez, circunstancia que le quitó toda imparcialidad para intervenir en esa forma» Aunque tiene alta idea de la integridad moral del señor Perry, dice que «tal Jurado, como redactor de *El Tiempo*, no se limitó a hacer narraciones informativas, sino que estampó apreciaciones hasta de carácter jurídico sobre quiénes eran los responsables, la clase de delito cometido y la participación individual que a cada uno correspondía.....» Transcribe una de las informaciones en que el cronista dice que los asesinos son N. N. y N. N , a quienes después le correspondió juzgar por no haber admitido el Juez Superior la escusa que presentó. «La ley en el artículo 265 fue la Ley 57 de 1887, ordinal 3º, al prever como nulidad el que intervenga en la composición del Jurado alguna persona que no tenga 'las cualidades necesarias' para desempeñar ese cargo, no determinó cuáles fueran o en qué consistían ellas, pues es claro que si lo hubiera dicho, no habría discusión. Surge entonces el criterio interpretativo; en ese camino no es posible negar que entre las condiciones fundamentales para que una persona desempeñe el cargo de Juez en determinado asunto, es la imparcialidad, y no me he podido explicar cómo una Alta Corte de Justicia, encargada de velar por el supremo equilibrio de la justicia, sólo porque la palabra no figura en la ley, llegue a la conclusión de que ella no la contiene 'como una de las condiciones necesarias' de que se ha hablado.»

Págs.

«La Sala considera lo siguiente: Establece el artículo 74 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912), que si hay oposición u oposiciones a la adjudicación del baldío denunciado, el Gobernador debe ordenar la remisión del expediente al respectivo Juez o Tribunal, para que las partes hagan valer sus derechos. ¿Pero cuándo ha de conocer en primera instancia el Juez, y cuándo el Tribunal? Con arreglo al artículo 73 del mismo Código, el Agente del Ministerio Público puede oponerse á la adjudicación, si con ella ha de contravenirse a las disposiciones legales, y, de conformidad con el artículo 80, en los juicios en que sean parte cultivadores o colonos que no hayan obtenido título de adjudicación, se ha de citar y tener como parte al respectivo Agente del Ministerio Público. Estima la Corte que cuando el Agente del Ministerio Público hace una oposición directa a la adjudicación, facultado por el susodicho artículo 73, corresponde conocer del negocio al Tribunal Superior. En este caso es dable sostener que la oposición del Agente se formula a nombre de la Nación, cuyos derechos considera lesionados aquel por algún motivo, y así viene la misma Nación a ser parte inmediata en la controversia. Empero, cuando el Agente interviene en cumplimiento de lo estatuído en el susodicho artículo 80, su misión se endereza a velar porque en el juicio no se violen las prescripciones sobre baldíos; puede entonces decirse que él es parte para proteger los derechos de los colonos o cultivadores, pero que no lo es la Nación. En tal caso conoce del negocio en primera instancia el Juez correspondiente. Si esto no fuera así y se creyera con el recurrente que la Nacion es parte en toda controversia en que figuren colonos, el juicio de policía á que se refiere el artículo 78 del mismo Código debería tramitarse y decidirse en primera instancia por el Tribunal, y no llegaría jamás el evento de que un Juez conociera de esta clase de juicios; con lo cual prácticamente se desconocería el alcance del artículo 74, en cuanto éste supone que de las oposiciones a la adjudicación conocen en primera instancia unas veces los Tribunales y otras los Jueces. Ahora bien: como el juicio actual no fue originado por una oposición directa del Fiscal del Tribunal de Medellín, y la intervención de éste solamente tiene fundamento en el artículo 80 del Código Fiscal, al nombrado Tribunal no le incumbía decidir el litigio en primera instancia, sino en segunda, como lo hizo.» (Casación, noviembre 25 de 1930) XXXVIII..... 326, 2ª

Págs.

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. 196—La jurisdicción contencioso-administrativa, dentro de nuestra organización constitucional, no constituye un poder distinto a semejanza del judicial, del legislativo o del ejecutivo; constituye apenas la justicia administrativa, dice Barthélemy, no una desmembración de la jurisdicción judicial.» (Sentencia, octubre 13 de 1930), XXXVIII..... 222, 2ª

— DE LOS JUZGADOS DE MENORES. 197, De acuerdo con la Ley 98 de 1920, que reglamenta la jurisdicción de las funciones del Juzgado de Menores, el territorio de éstos no puede extenderse en ningún caso a toda la República. Esa Ley es muy clara sobre el particular. En armonía con el artículo 32, sólo las disposiciones contenidas en su Sección 3ª, son 'aplicables en todo el territorio de la República,' y entre esas disposiciones no figura la facultad para el Juez de Menores de trasladarse a cualquier punto de ella, con el fin de ejercitar sus funciones. De suerte que cuando el artículo 21 dice que el Juez visitará mensualmente a los menores que se encuentren fuera de la capital, y anualmente, por lo menos, a los que se encuentren fuera de la ciudad, esto último tiene que relacionarse con el territorio adonde se extiende la jurisdicción del Juez de Menores de Bogotá, o sea, a lo sumo, al Departamento de Cundinamarca, por regir las disposiciones de esa Ley solamente en el Municipio de Bogotá, y también por excepción, de los delitos cometidos por los menores en el Departamento, y que sean de la competencia de los Jueces Superiores. Sería sencillamente absurdo que el radio de atribuciones y jurisdicción de los Jueces de Menores pudiera extenderse a toda la República; pues semejante cosa no solamente se opone a los más elementales principios sobre jurisdicción y competencia, sino que además va en abierta pugna con la Ley mencionada y los decretos expedidos por el Gobierno en desarrollo de ella. (Auto de la Sala de Casación en lo Criminal, noviembre 29 de 1930), XXXVIII..... 262, 2ª y 263, 1ª

JUZGADOS DE PRENSA Y ORDEN PÚBLICO. 198—Su supresión por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional, no violó la Constitución. El acusador de los artículos 1.° y 2.° del Decreto número 2082 del 26 de noviembre de 1931, por el cual se reglamentó el artículo 1.° de la Ley 105 de 1931, y se suprimieron los Juzgados de Prensa y Orden Público, se basó, entre otras consideraciones, en que los aludidos artículos del Decreto eran violatorios de los artículos 57, 58 y 76 de la Constitución Nacional.

«El artículo 57 de la Constitución consagra la limitación de los Poderes

Págs.

Públicos, y declara que ellos ejercen separadamente sus funciones. Cree el demandante que este precepto fue violado por el decreto que acusa, en el concepto de que el Presidente de la República invadió el campo del legislador y dictó disposiciones que sólo éste podía dictar para derogar una ley vigente. Como se ve, el acusador párte de un concepto falso, según lo declara también el señor Procurador General de la Nación, cuando considera que el Decreto vino a derogar tácitamente la Ley 69 de 1928, que creó los Juzgados de Prensa y Orden Público; concepto que es erróneo, como pasa a demostrarse: 'La Ley 69 de 1928, creó los Jueces de Prensa y Orden Público—dice el señor Procurador General de la Nación en su vista—como funcionarios que vinieron a quedar incorporados en el Poder Judicial. Por consiguiente, esa Ley les confirió a dichos Jueces la facultad de administrar justicia de un modo permanente, pero limitada al ramo especial de los negocios de prensa y orden público. Esto tuvo lugar en un momento en que creyó necesaria la extracción de aquellos negocios de la competencia de los Jueces ordinarios para entregarlos a una jurisdicción especial. Como antes de que fuera dictada la Ley 69, los Jueces de Prensa y Orden Público no existían, tampoco figuraban entre los encargados de administrar justicia de un modo permanente, que había designado el artículo 1º de la Ley 100 de 1892, dictado en reemplazo del artículo 1º del Código de Organización Judicial. Al dictarse aquella Ley, y ser creados por virtud de ella tales Jueces, éstos vinieron a quedar incorporados entre los encargados de administrar justicia, y, por consiguiente, fue adicionado el artículo 1º de la Ley 100 de 1892. Vino ahora la Ley 105 de 1931, y reglamentó íntegramente la materia de la organización judicial. Pero al designar los encargados de administrar justicia, de un modo permanente, no incluyó entre ellos a los Jueces de Prensa y Orden Público. De esta manera estos Jueces vinieron a quedar sin facultad de administrar justicia, puesto que si la ley nueva, al reglamentar la materia, dijo que 'la administración de justicia se ejerce de un modo permanente por los Tribunales ordinarios, que son: la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores y de Circuito, los Jueces Municipales y los Jueces de Menores,' y no incluyó los de Prensa y Orden Público que, como estos últimos, fueron creados por ley especial, es jurídicamente indiscutible que les negó esa facultad y dejó insubsistente

Págs.

el artículo 3º de la Ley 69 de 1928, en lo que respecta a su creación. 'Careciendo de aquella facultad, por la voluntad así manifestada del legislador, suprimida quedó la institución de los Juzgados de Prensa y Orden Público; pues mal podían seguir funcionando sin la facultad de administrar justicia, que era el obj to y fin de su creación'. Careciendo de aquella facultad, por la voluntad así manifestada del legislador, suprimida quedó la institución de los Juzgados de Prensa y Orden Público; pues mal podían seguir funcionando sin la facultad de admin strar justicia, que era el objeto y fin de su creación. Ahora bien: como el artículo 110 de la Ley 105 de 1931, ordinal 5º, atribuyó a los Jueces de Circuito el conocimiento en primera instancia de los asuntos de carácter criminal, y de modo general, cuando su conocimiento no esté atribuído a otra autoridad, debe aplicarse a esta Ley y no al decreto acusado, el cambio de los funcionarios competentes para conocer de los delitos cuyo conocimiento estaba asignado antes a los Jueces de Prensa y Orden Público. Y como precisamente el artículo 76 de la Carta Fundamental, que se dice violado, autoriza al Congreso para hacer las leyes, y mediante ellas puede interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes; y si fue el Congreso quien mediante la Ley 105 de 1931, suprimió los Jueces de Prensa y Orden Público, y atribuyó a los Jueces del Circuito el conocimiento de los delitos que quedaron sin Juez competente por virtud de la supresión, hay que concluír que las tachas de inconstitucionalidad, opuestas al Decreto ejecutivo número 2082 de 1931, como violador de los artículos 57, 58 y 76 de la Carta Fundamental, carecen de base plausible. No hay duda de que si los Juzgados de Prensa y Orden Público hubieran sido suprimidos en virtud del Decreto acusado, él habría sido abiertamente inconstitucional, porque el Ejecutivo, dentro de la potestad reglamentaria, no puede modificar, adicionar o derogar las leyes; su misión se reduce en esos casos, como lo ha dicho en distintas ocasiones esta Corte: 'el Gobierno al ejercer la potestad reglamentaria de la ley, no se convierte en legislador; él no puede variar en lo mínimo lo que pudiera llamarse la sustancia de la voluntad del legislador consignada en la ley; lo que le está encomendado es la reglamentación, dejando intacta la esencia y el espíritu de la disposición que reglamenta'. Mas la supresión de tales Juzgados provino de la Ley 105 de 1931, y no del mencionado Decreto; y si en la parte resolutiva de éste, o sea, en sus artículos 1º y 2º,

Págs.

principalmente en el 1º, hubo alguna impropiedad en los términos empleados, y de los cuales pudiera pensarse que el Ejecutivo había ejercitado un derecho que no le correspondía, cuando dijo: 'Declárase suprimidos los Juzgados de Prensa y Orden Público,' es lo cierto que el alcance de esta expresión queda suficientemente aclarado y fijado en los considerandos de la parte motiva de ese Decreto, en los cuales reconoció que había sido la Ley 105 de 1931, en su primer artículo, la que 'prescindió en absoluto de la institución judicial denominada Juzgados de Prensa y Orden Público, que había creado la Ley 69 de 1928,' y 'que en tal virtud, los Juzgados de que se trata han venido a quedar suprimidos de derecho por la Ley 105 de 1931.' Además, cuando en el artículo 2º del Decreto se dijo que 'al abrirse los Tribunales en enero de 1932, todos los asuntos pendientes en aquellos Juzgados pasaran a los de Circuito correspondiente, para el conocimiento de éstos,' allí mismo se agregó cuál era la disposición que esto ordenaba, o sea 'de conformidad con el numeral 5º, artículo 110 de la Ley 105 de 1931'. En síntesis: fue este un Decreto que se limitó a reproducir lo que estaba consignado en la ley, y si, como se ha repetido varias veces, fue ésta la que suprimió los Juzgados de Prensa y Orden Público, tal Decreto no viola las disposiciones constitucionales citadas. Con ese decreto, o sin él, los resultados habrían sido los mismos." (Corte Plena, sentencia, abril 1.º de 1933, XXXVIII.... 498, 1ª y 2ª, 499, 1ª)

(Salvó su voto el Magistrado doctor José Miguel Arango).

L

LEGADO DE COSA AJENA.— 199—Un individuo otorgó testamento en que dispuso de sus bienes; ocho años después, muerta ya su esposa, otorgó nuevo testamento, y creyendo que podía regular lo referente a la sucesión de ésta, dispuso en el último de los bienes de ella, haciendo legados de cosa cierta a sus herederos o hijos legítimos. Contra la sentencia del Tribunal en que se confirma la de primera instancia y en que se declara que no es nula la distribución de bienes que hizo el testador, se recurrió en casación alegando error de derecho por haber quebrantado el Tribunal, en concepto del recurrente, las bases del derecho de herencia, y especialmente los artículos 1165, 1167 y 1174 del Código Civil.

Razonó así el Tribunal: «Para la Sala en cuestión no da lugar a duda que la circunstancia de disponer en un testamento de bienes propios o ajenos, no pertenece a la esencia del mismo; ni es requisito indispensable para su validez el que los bienes de que se disponga por acto testamentario sean de la exclusiva propiedad del testador. Y a esta conclusión se llega, bien si se considera que ninguna disposición positiva establece la nulidad del acto testamentario por esta causa, ya porque las disposiciones que determinan los requisitos que debe llenar todo acto testamentario para su validez, no indican éste (capítulo 1.º, título 3.º, libro 3.º del Código Civil), o bien porque el mismo legislador le da valor en ciertos casos a las cláusulas testamentarias en que expresamente se haya dispuesto de bienes ajenos, cuando esta disposición se hace en favor de ciertas personas. Pero se dirá que el artículo 1165 del Código Civil, prevé el caso de que el legado de especie que no es del testador o del asignatario a quien se impone la obligación de darla es nulo. Si esto es evidente, porque así lo estatuye la disposición citada, no lo es menos que ella contiene dos excepciones, que conjuntamente se encuentran en el caso del testamento del señor Julio Valenzuela de la Serna. Así dice la disposición citada: 'El legado de especie que no es del testador, o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, es nulo; a menos que en el testamento aparezca que el testador sabía que la cosa no era suya o del dicho asignatario; o a menos de legarse la cosa ajena a un descendiente o ascendiente legítimo del testador, o a su cónyuge; pues en estos casos se procederá como en el del inciso 1.º del artículo precedente.' Estos dos casos de excepción ocurren exactamente en el caso del testamento del señor Julio Valenzuela, ya que el testador expresa claramente en su testamento haber agregado a su hacienda de *Bosatama* un lote de terreno que recibió por razón de herencia de su esposa, e incluír dicho lote en la partición materia de su testamento, de diez y siete de mayo de mil novecientos diez y nueve; y toda vez que las asignaciones todas han recaído únicamente sobre los descendientes legítimos del testador. Ahora, del contexto de la primera parte de la disposición transcrita, no se desprende que sea nula la cláusula de un testamento en que se dispone de cosa ajena, sino únicamente lo afecto de nulidad es el legado que se constituye a favor de un tercero, cuando la cosa legada no es del testador o de la persona obligada a darla; por manera que si en aquella misma cláusula se contienen otras disposiciones testamentarias, éstas tendrán todo su valor legal, y su existencia no podrá impugnarse en ninguna forma. Así, aplicando el caso a la cláusula del testamento que se estudia, y suponiendo que la adjudicación no se hubiese hecho a descendientes legítimos, y que el testador hubiese sabido que disponía de cosa ajena, ¿sería por este hecho nula en su totalidad la cláusula del testamento que es materia de este estudio? En manera alguna. Y esta afirmación se funda en dos razones: si la porción de que se dispuso en el testamento como perteneciente a distinta persona del testador, fue únicamente el lote agregado a la hacienda de *Bosatama* por don Julio Valenzuela, siendo de propiedad de su esposa, al heredero, en cuya porción hubiere cabido tal lote, le cabe, no la acción de nulidad de su adjudicación, sino la que establecen los artículos 1164 y 1402 del Código Civil. Y si sostiene, como lo hace el actor, que todos los bienes de que se dispuso por la mentada cláusula pertenecen a persona

Págs.

distinta del testador, porque el resto de la hacienda de *Bosatama* era bien de la sociedad ilíquida Valenzuela-Carrizosa, cabe entonces aplicar el artículo 1799 del Código Civil, en cuanto prevé el caso de que 'si el marido o la mujer dispone, por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad, el asignatario de dicha especie podrá perseguirla sobre la sucesión del testador, siempre que la especie, en la división de los gananciales, se haya adjudicado a los herederos del testador; pero en caso contrario, sólo tendrá derecho para perseguir su precio sobre la sucesión del testador. La tacha de nulidad del testamento de don Julio Valenzuela, por el aspecto que se estudia, no es, pues, admisible.»

Dijo la Corte:

«Observa la Corte que la base de la argumentación del recurrente consiste en el error de derecho en que incurrió el testador, por haber regulado una sucesión extraña, creyendo que podía hacerlo. Dice el recurrente: 'Los repetidos casos de excepción que anota el Código Civil, en que se da validez a la disposición de cosa ajena, se limitan en realidad a la disposición exclusiva del patrimonio propio del causante o testador, y se cumplen únicamente sobre sus propios bienes. Esto es muy distinto a dar eficacia a la disposición de un patrimonio extraño, que es el caso que se estudia'; y en el párrafo siguiente: 'no es posible que un testamento regule un patrimonio ajeno y lo distribuya a su amaño, señalando los herederos y la forma de distribución,' y concluye: 'si esto es así, si nadie puede, por medio de testamento, regular una herencia extraña; esta carencia de facultad implica una total nulidad, que afecta el testamento de don Julio Valenzuela.' Como se ve, estos reparos convergen todos a demostrar que el testador incurrió en error de derecho por su falsa creencia de que podía sustituír a su mujer en la regulación del patrimonio de ésta; y ya en otro pasaje de este fallo se desechó tal acusación. Pero si por la cita que hace el recurrente del artículo 1055 del Código Civil, se entiende que él quiso decir que, siendo el testamento un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes, y que, por lo mismo, cuando testa sobre una cosa que no es suya, es nula la disposición, se observa que el testador, en el presente caso, por vía de partición destinó para parte del pago de unas legítimas, una especie o cuerpo cierto, destinación que se asimila a la asignación a título singular. El Tribunal dice que no cabe duda que el señor Julio Valenzuela, en su testamento de diez y siete de mayo, y especialmente en la cláusula que se analiza, hizo una partición material de sus bienes entre sus legi-

Págs.

timarios, luego cualquier tacha que cupiere a la mentada cláusula del testamento, relativa a su validez, estaría vinculada a las disposiciones que regulan las particiones judiciales o contractuales. Como se ve, el Tribunal entendió que habiéndose verificado una partición de bienes en el testamento, cualquier tacha que se haga a una clausula de éste, relativa a asignación de bienes, estaría vinculada a las disposiciones que regulan las particiones judiciales y contractuales. Esto es, que no pueden considerarse aisladamente las disposiciones testamentarias del acto de partición, y que no habiéndose erigido en nulidad por la ley la distribución de cosa ajena, puesto que aquella señala los caminos que tiene el partícipe para defender sus derechos de tál, no tiene cabida la acción de nulidad que se estudia. A lo expuesto por el Tribunal con relación al referido acto testamentario, en concepto de partición sujeta a las reglas especiales sobre esta materia, apenas hace el recurrente los siguientes reparos, que no constituyen un cargo: 'Debe notarse que habría un grave inconveniente en remitir el estudio de estas cuestiones para cuando se debata la distribución de los bienes, como objeciones a la partición, según lo anuncia el Tribunal; pues si el testamento es eficaz, aquellas objeciones serían inútiles, y, además, porque se dejaría de tratar en su oportunidad la cuestión planteada, que mira precisamente a establecer la nulidad en su origen, si es o no eficaz la voluntad del testador.' De todo lo dicho se llega a la conclusión de que es también infundado el cargo, considerando la cuestión por el aspecto de disposición de cosa ajena.» (Casación, diciembre 2 de 1930, XXXVIII ..... 342, 2ª y 343, 1ª y 2ª).

(El salvamento de voto del Magistrado doctor Juan N. Méndez, interesante como es, se transcribe en seguida:

«Hallo que la parte motiva que sustenta la sentencia de la Corte, en lo referente a la cuestión jurídica que domina el litigio, adolece de inexactitud y flaqueza. Planteó el recurrente primero el libelo de demanda, y luégo, en el recurso de casación, la cuestión de que si un testamento dispone de cosa que pertenece a patrimonio ajeno, es nulo, porque quebranta uno de los límites necesarios que la ley ha impuesto a la voluntad del testador, determinados categóricamente en la propia definición de testamento, que da el artículo 1055 del Código Civil: 'Un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o parte de *sus bienes*.' La propiedad,

Págs.

LEGITIMACIÓN. 200—En un juicio ordinario sobre reforma de un testamento en que fueron reconocidos como legitimarios unos individuos legitimados, se alegó que no aparecía probado que el acta de legitimación les hubiese sido notificada a los legitimados.

«Olvida el autor del recurso que, conforme al artículo 249 del mismo Código (1), sólo el supuesto legitimado o sus descendientes legítimos en el caso que el artículo prevé, pueden impugnar la legitimación por haberse omitido la notificación prevenida en el artículo 240.» (2). (Casación, febrero 18 de 1931... ..... 443, 2ª

— 201—(Firma de los contrayentes en el acta de matrimonio que contiene una legitimación). Seguido un juicio ordinario sobre reforma de un testamento, y reconocidos en él como legitimarios varios individuos legitimados, alegaron los demandados en casación que el acta de matrimonio de los padres de aquellos no había sido firmada por los contrayentes.

«La Corte, sin entrar a resolver lo que pueda ocurrir cuando se omite la firma de los contrayentes en el acta de matrimonio en que se verifique una legitimación, firma ordenada por la Conferencia Episcopal reunida en Bogotá el año de mil novecientos trece, en el caso presente, que se refiere a una época anterior, contesta el cargo con la doctrina tántas veces repetida, de que el acta del matrimonio católico, con la sola firma del párroco, al mismo tiempo que acredita el matrimonio, comprueba la legitimación.» (Véase «Gaceta Judicial», tomos 30, página 116, y 31, página 281). (3) (Casación, febrero 18 de 1931).... .... 443, 2ª y 444, 1ª

LEY ACUSADA. 202—Que aprueba un contrato sobre explotación de petróleos. (Véase la doctrina expuesta en el número 5.°, bajo el título «Acción pública»).

— 203- (Sobre facultades extraordinarias). Fueron acusadas como inconstitucionales las autorizaciones *b*) y *c*) del artículo 1.° de la Ley 3.ª de 1930, y el artículo 4.° de la misma ley, por la cual se revistió al Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1931, por violación del artículo 76 de la Constitución Nacional.

«Previendo el constituyente que pudieran presentarse diversos casos en que las conveniencias públicas aconsejen o la salud del Estado requiera que el Presidente de la República, que está en contacto con las apremiantes necesidades del momento, asuma un poder excepcional que le permita satisfacerlas, adoptando oportunamente determinaciones de carácter urgente, sin que tales necesidades o conveniencias sean de una magnitud que exijan la total supresión del régimen constitucional, autorizó al Congreso para que aprecie la situación, y, si lo creyere necesario, amplíe, excepcional y transitoriamente, el radio de acción del Jefe del Estado, revistiendo a éste de las precisas facultades que las circunstancias del momento hagan necesario poner en sus manos para la salvación del Estado o la satisfacción de altas conveniencias públicas. La autorización décima que el artículo 76 de la Constitución confiere al Congreso, es un ordenamiento de la soberana potestad del constituyente en virtud del cual, y en los casos allí indicados, puede el Congreso alterar transitoriamente el régimen constitucional ordinario que consagran los artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental, autorizando al Jefe del Estado para que ejerza ciertas atribuciones que, al tenor de ese mismo estatuto, no son ordinariamente de su incumbencia.» Consideró el acusador que el canon constitucional o atribución décima del artículo 76 de la Constitución no entraña la delegación de facultades que corresponden al Congreso; que *revestir* no es delegar. (Sentencia, octubre 19 de 1932), XXXVIII..... ..... 274, 2ª) No son inexequibles los artículos de la Ley acusada.

LEY ACUSADA. 204 —(Impuestos de consumo). Fue acusado el artículo 8.° de la Ley 78 de 1930, por la cual se crean impuestos de consumo, por dos razones: primera, porque en sentir del acusador solamente puede que dar investido el Gobierno de facultades extraordinarias en el caso del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, y segunda, porque aseveró que el Congreso no puede dar al Poder Ejecutivo facultades que aquél y los demás poderes públicos no tienen.

«Como se ve, el acusador en este cargo, párte del supuesto de que el Gobierno sólo puede quedar investido de facultades extraordinarias en el caso del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, o sea, cuando ocurra una guerra Exterior o una conmoción interior. Pero la Corte, en fallo de veinticinco de marzo de mil novecientos quince, a propósito de acusación semejante a la de que se trata, sentó la doctrina opuesta. De dicho fallo es el pasaje siguiente: '.....Conforme a la Constitución, el Gobierno puede ejercer facultades extraordinarias, cuando amenaza una guerra Exterior, una conmoción interior, o cuando el Congreso se las concede *pro témpore* para una época cualquiera (artículo 33 del Acto legis-

(1) El Código Civil.

(2) Concordancia: número 2251, tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(3) Artículos 239 del Código Civil, 22 de la Ley 57 de 1887 y canon 1815. Como se observa de la transcrita doctrina, hoy se requiere para la validez de la legitimación la firma de los contrayentes en el acta de matrimonio, por disposición de la Conferencia Episcopal citada.

Págs.

lativo de 1910, y numeral 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886); de manera que no haciendo distinción alguna la disposición transcrita, debe entenderse que ella comprende tres casos, e innecesario es repetir, dado el preámbulo y el inciso principal del artículo 1º de la indicada Ley 126, que ésta tuvo por objeto conceder temporalmente al Poder Ejecutivo precisas facultades extraordinarias, en previsión de las proporciones que pudiera asumir la crisis económica y fiscal que al tiempo de su expedición estaba ya iniciada a consecuencia de la actual guerra europea....' Y en cuanto a la tesis del acusador de que el Congreso no puede dar al Poder Ejecutivo facultades que aquel y los demás poderes públicos no tienen, además de que el mismo fallo le contesta en su última parte, se observa: Si en materia de impuestos indirectos rigiera únicamente el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, y no existiera el inciso 2º del artículo único del Acto legislativo de 1898, el decreto acusado sería opuesto tanto al citado artículo 69 del acto legislativo de 1910, como al inciso 1º del Acto legislativo de 1898, porque en esa hipótesis el Congreso no podría, en tiempo normal, poner en vigencia impuestos de esa clase antes de los plazos que determinan esos dos Actos legislativos. Pero estando vigentes tanto el inciso 2º del artículo único del Acto legislativo de 1898, como el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886, en que ésta expresamente faculta al Congreso para dar al Presidente de la República facultades extraordinarias, *pro tempore*, y sobre materia determinada, que puede ser la de poner en vigencia algunos impuestos indirectos antes de los plazos que señalan aquellos dos Actos legislativos, como lo ha reconocido la Corte en varios fallos, no puede sostenerse que el Congreso no tenga por la Constitución misma facultad de dar al Presidente de la República lo que aquél no tiene, o que delega una facultad que al mismo Congreso no se le ha conferido..... Concluye, pues, la Corte, que no es inexequible el artículo 8º de la Ley 78 de 1930.» (Sentencia, septiembre 22 de 1932, XXXVIII ..... 236, 1ª y 2ª).

Salvaron su voto los Magistrados Tancredo Nanneti y José Miguel Arango, los cuales transcriben un concepto del doctor José María Samper, y dicen: «Si en concepto del doctor Samper, que fue colaborador eficaz en la expedición de la Carta de 1886, el inciso 10 del mentado artículo 76, no permite al Congreso delegar sus propias atribuciones, a fortiori, es preciso aceptar que mucho

Págs.

menos se presta para que pueda revestir al Presidente de facultades de que aquél carece.»

LEY ACUSADA. 205 — (Sobre reglamentación del ejercicio de la abogacía). Acusóse el artículo 13 de la Ley 21 de 1931, como contrario a la Constitución Nacional, ya que el privar a un individuo que ha terminado sus estudios de Derecho, de ejercer su profesión, constituye una pena que se le impone sin haber cometido delito alguno, afirma el demandante.

« ...El principio general de que toda persona puede abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a determinado gremio, encuentra restricción en el mismo texto constitucional, por lo que respecta, entre otras, a la profesión de abogado, puesto que para el caso exige título de idoneidad, en salvaguardia de primordiales intereses de la sociedad, dejando al cuidado del legislador la tarea de reglamentar dicha profesión. Y así, el artículo 13, que pertenece a la segunda de las leyes dictadas en desarrollo del precepto constitucional, no lo viola de ninguna manera, y menos en la forma que la demanda señala tomando nada más que la primera parte del artículo incorporado en la Carta, esto es, el principio general que estaba consagrado desde 1886, sin tener en cuenta para nada la restricción o limitación que el Acto legislativo establece en lo tocante a la profesión de abogado. Ni es exacto, como se dice en la demanda, que el artículo 13 faculte *solamente* a quienes hayan terminado sus estudios de Derecho con anterioridad a la vigencia de la Ley 62 de 1928, para ejercer la profesión de abogado, siempre que llenen las otras condiciones allí indicadas; o lo que es lo mismo, que el legislador sólo haya permitido a tales personas el ejercicio de dicha profesión, pues ni el espíritu ni la letra de tal precepto permiten llegar a conclusión semejante. El legislador no ha expresado en manera alguna la idea que contiene la demanda, de que los que hubieran terminado sus estudios con posterioridad a 1928, queden excluídos de ejercer la profesión por los dos años, conforme al artículo 22 de la Ley 62, que en esta parte ha quedado vigente. Lo que el artículo 13 de la Ley 21 hizo fue suprimir la restricción de los dos años para los que hubieran terminado sus estudios antes de 1928. Es cierto que allí queda previsto un caso especial relativo a determinada categoría de personas que pueden ser admitidas a perpetuidad al ejercicio de la profesión de abogado; pues si se trata de personas que hubieran terminado sus estudios de Derecho con anterioridad a la vigencia de la Ley 62, pueden ser admitidas al ejercicio de la profesión, sin lugar a can-

Págs.

celar la respectiva inscripción pasado el término de dos años; lo que sí sucede con aquellos que obtengan la admisión en calidad de personas que hayan terminado sus estudios de Derecho con posterioridad a la vigencia de la misma Ley 62 de 1928, conforme al texto del artículo 22, que como ya se dijo, ha quedado vigente. Estas consideraciones son suficientes para ver cómo el precepto del artículo 13 no está afectado de las tachas de inconstitucionalidad de que trata la demanda..... » (1). (Sentencia, diciembre 15 de 1932, XXXVIII. ..... 321, 2ª y 322, 1ª).

LEY ACUSADA. 206—(Sobre reglamentación de la abogacía). Acusóse el artículo 15 de la Ley 21 de 1931, como violatorio del artículo 45 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de petición, pues dice el demandante que la ley niega así a las personas el derecho de enterarse de sus negocios que cursan en las Oficinas judiciales, y la facultad que tienen de velar por sus intereses.

«Para ver lo infundado de la acusación, basta saber, como atrás queda dicho, que el legislador está facultado por la Carta para reglamentar la profesión de abogado, y que el artículo 15 es parte de esa reglamentación, que si bien fija normas cuya conveniencia o inconveniencia no corresponde a la Corte apreciar en un estudio sobre inconstitucionalidad, no limita en manera alguna el derecho de petición que el artículo 45 de la Constitución consagra, sin que tampoco sea exacto que los ciudadanos estén incapacitados para estar al corriente del curso de sus asuntos en las Oficinas públicas o judiciales, pues para llegar al convencimiento contrario basta la simple lectura del referido artículo 15. En él se concede a las partes, y aun a ciertas personas extrañas, el derecho de ver y examinar personalmente, o por medio de sus abogados, los expedientes en curso, y por consiguiente, ningún impedimento tienen para dirigir cualesquiera peticiones respetuosas a las autoridades, sea en lo referente a tales asuntos, o a cualquiera otro permitido por la Constitución y las leyes.» (Sentencia, diciembre 15 de 1932, XXXVIII..... 322, 2ª

— ACUSADA. 207—(Sobre petróleos). Fue acusado el artículo 52 de la Ley 37 de 1931, sobre petróleos, como contrario a los artículos 4.º del Acto legislativo número 3 de 1910, y 76 de la Constitución Nacional.

«Por lo que hace a la inexequibilidad del artículo 52 de la Ley 37 de 1931, 'del petróleo,' la Corte encuentra que es infundada, porque, en primer término, como dice el señor Procurador, es esa una disposición que apenas da autorización para celebrar contratos, lo que está respaldado por el numeral 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional; y en segundo lugar, porque la misma disposición acusada no dice que en los contratos que autoriza se concedan privilegios de los que la Constitución prohibe.» (Sentencia, Corte Plena, septiembre 14 de 1932, XXXVIII)..... 430, 2ª

LEY 208—(Sobre descanso dominical). Se acusó como contraria a la Constitución la Ley 72 de 1931, por la cual se reformó la 57 de 1926, sobre descanso dominical. La Corte declaró que no era inexequible.

«Si la ley del descanso da un día en la semana para los que trabajan a jornal o a sueldo, tiene su fundamento constitucional en la salubridad pública, en lo que está de acuerdo el acusador; no se ve por qué pueda pugnar con principios constitucionales la disposición que tiende a hacer efectivo ese descanso.» (Sentencia, noviembre 25 de 1932), XXXVIII..... ..... 201, 2ª

— ACUSADA. 209—(Que aprobó un contrato sobre yacimientos petrolíferos). Acusado el artículo 1.º de la Ley 80 de 1931, por la cual se aprobó un contrato sobre yacimientos petrolíferos del Norte de Santander, como contraria al artículo 4.º del Acto legislativo número 3 de 1910, al 2.º de la Constitución y al 5.º del Acto legislativo número 3 de 1910, dijo la Corte que no había lugar a decidir sobre la acusación propuesta, por haber sido fallada la misma acusación en sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de mil novecientos treinta y uno (1931). En la parte motiva del fallo se expone:

«En la demanda propuesta por el doctor Santiago Rozo, sobre inexequibilidad de toda la Ley 80 de 1931, a que el señor Procurador se refiere, entre las disposiciones constitucionales que se indicaron como violadas por dicha ley, figuran los artículos 2º, 11 y numeral 16 del artículo 120 de la Constitución, lo mismo que los artículos 4.º y 70 del Acto legislativo número 3 de 1910, y entre los fundamentos de hecho y de derecho de dicha demanda se adujeron los de contener el contrato aprobado por la Ley 80 de 1931, privilegios a favor de compañías americanas, donde no se otorgan los mismos derechos a los colombianos, disposiciones constitucionales y fundamentos que también invoca el acusador, señor Cerón Camargo, en la demanda que ahora se somete al estudio de la Corte, como puede verse comparando una y otra demanda. Ahora, respecto de la demanda instaurada por el doctor Rozo, sobre inexequibilidad de la Ley 80 de 1931, la Corte declaró que no tenía cabida la acción consagrada en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, por las razones principales de ser dicha ley especial y aprobato-

(1) Constitución Nacional, artículo 44 (A. L. número 1º de 1918, artículo 1º).

Págs.

ria de un contrato, que no se puede revisar sin que se afecte el contrato que aprueba, y porque la acusación del doctor Rozo se refería también al contrato mismo aprobado por la Ley 80 de 1931, que no puede revisarse sin intervención de las partes que lo suscribieron. Así, pues, el punto quedó definitivamente resuelto, en términos que no permiten nueva decisión, sin contrariar los principios en materia de cosa juzgada; y porque si bien en la nueva demanda alega el acusador, señor Cerón Camargo, que la ley que aprueba las policitaciones de un contrato celebrado por el Gobierno es el contrato mismo, para llegar a la conclusión anterior tiene en cuenta los mismos fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la demanda del doctor Rozo.» (Sentencia, Corte Plena, septiembre 14 de 1932, XXVVIII)..... ..... 430, 1ª y 2ª

LEY ACUSADA. 210—(Notariato). Fue acusado el artículo 17 de la Ley 81 de 1931, que dispone que los Notarios no prestarán sus servicios en el otorgamiento de instrumentos públicos o privados, que se relacionen con el traspaso, hipoteca, arrendamiento o cualesquiera otras operaciones sobre propiedad raíz, o con derechos sucesorios sobre propiedad raíz u otra clase de propiedad, o con la autorización de otra clase de instrumentos que deban ser otorgados ante los Notarios, sin que se les presente prueba de que los otorgantes están a paz y salvo con la Nación por impuesto sobre la renta, como contrario a los artículos 19 y 31 de la Constitución Nacional.

La Corte declaró que no era inexequible ese artículo y expuso:

«El artículo acusado no prohibe que los Notarios presten sus servicios a determinadas personas y en determinados actos; lo que hace es exigir requisitos especiales, semejantes a los que siempre ha venido exigiendo, tales como la comprobación del pago del impuesto predial, boleta de registro, papel sellado, etc., los cuales una vez cumplidos, dan derecho a los interesados para solicitar la intervención del Notario en sus respectivos actos o contratos. De suerte que el artículo en cuestión no menoscaba ese derecho, sino que únicamente establece requisitos que deben cumplirse previamente para que ese derecho pueda ejercitarse en plenitud.» (Sentencia, septiembre 7 de 1932),..... .... 233, 2ª

Salvaron su voto los Magistrados Luis F. Rosales, Juan E. Martínez y José Miguel Arango, el primero de los cuales dice: «La sentencia dice que con la ley acusada apenas se establece un requisito para poder ejercer plenamente el derecho que los ciudadanos tienen para requerir la intervención del Notario en la celebración de los actos y contratos que la han menester. Pero a esto observo que lo gravado con el impuesto es la propiedad de las personas y de ninguna manera la capacidad civil de ellas, que de esta suerte viene a sufrir un verdadero menoscabo. Muy bien que se persigan los bienes del deudor moroso, que se embarguen, depositen y rematen para pagarse así el Fisco de lo que se le debe, y para ello tiene el mismo Fisco a su disposición las acciones legales que ejercita por medio de la jurisdicción coactiva; pero no se suspenda ni impida la asistencia de los funcionarios públicos que por mandato de la ley se necesita para la ejecución válida de numerosos actos de la vida..... La capacidad de las personas puede recortarse o suspenderse cuando han sido condenadas por delito que merezca la pena de cuatro años de reclusión, como se ve en los casos contemplados en los artículos 315, 586, inciso 9º, y 1,068, inciso 8º, del Código Civil. De suerte que es por pena, es decir, por razón de delito cometido y castigado, como puede efectuarse la suspensión o el menoscabo de un derecho civil. Con la disposición que se acusa se afectan derechos civiles de tal magnitad que el deudor queda casi totalmente decapitado en lo que concierne al disfrute de los beneficios de la sociedad civil, y esto sin que sea delito el no pagar oportunamente una deuda. Baste considerar el caso—frecuente en esta hora de ruinas y desastres económicos—de un hombre que ha perdido su fortuna y se halla en incapacidad absoluta de pagar. Pues ese hombre no podrá otorgarle a un hijo el beneficio de la legitimación en los casos del derecho, ni adoptar ni ser adoptado, ni emancipar al hijo adulto, ni reconocerlo como hijo natural, ni ejercer tutela o curaduría en que sea necesario inventario solemne, porque esos actos requieren la presencia del Notario (Código Civil, artículos 239, 280, 313, 318 y 471), como la requiere cualquier acto dispositivo de los bienes raíces. Es decir, que el deudor queda equiparado a delincuente por la paridad de los efectos que resultan en el uno y en el otro caso.» («Gaceta Judicial,» número 1,871..... ..... 234, 2ª

LEY ACUSADA. 211—(Sobre prórroga de facultades extraordinarias). Fue acusado el artículo 6.º de la Ley 89 de 1931, en cuanto prorroga hasta el 31 de diciembre de 1931, las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas al Poder Ejecutivo por la Ley 3.ª de 1930, como violatorio de la Constitución, pues se afirmó que la atribución 10 del artículo 76 de la Constitución no entraña la delegación de facultades que corresponden al Congreso, y que *revestir* no es delegar.

«La autorización 10 que el artículo 76 de la Constitución confiere al Con-

Págs.

greso es un ordenamiento de la soberana potestad del Constituyente, en virtud del cual, y en los casos allí indicados, puede el Congreso alterar transitoriamente el régimen constitucional ordinario que consagran los artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental, autorizando al Jefe del Estado para que ejerza ciertas atribuciones que al tenor de ese mismo estatuto, no son ordinariamente de su incumbencia.» No es, pues, inexequible el artículo de la ley acusada, (Sentencia, octubre 19 de 1932, XXXVIII) 274, 2ª

LEY ACUSADA. 212—(Que crea un Juzgado de Circuito). Se demandó la inexequibilidad de la Ley 123 de 1931, por la cual se creó un Juzgado de Circuito en Pitalito, como contraria al artículo 156 de la Constitución Nacional, y a los artículos 6.° de la Ley 34 de 1918 y 7.° de la 73 de 1917.

«Para decidir lo que corresponda, la Corte considera: El artículo 156 de la Constitución establece: 'La ley organizará los Juzgados inferiores y determinará sus funciones y la duración de los Jueces.' El artículo único de la Ley acusada dispone: 'Trasládase a la ciudad de Pitalito el juzgado 3.° del Circuito de Garzón, creado por el artículo 4.° de la Ley 68 de 1925, integrándolo con los Municipios de San Agustín, La Concepción, Elías, Timaná y Pitalito, que será su cabecera. Este Juzgado conocerá promiscuamente de los asuntos civiles y criminales.' La simple confrontación de estas dos disposiciones hace comprender que la segunda de ellas no es opuesta a la primera, sino que, antes bien, es su aplicación y desarrollo, comoquiera que propende a la organización de un Juzgado de Circuito, mediante la determinación del territorio de su jurisdicción, de su cabecera y de la clase de negocios que debe conocer. No puede citarse, como lo sostiene la demanda, que los artículos 7º de la Ley 73 de 1917 y 6.° de la 34 de 1918, que señalan determinadas condiciones para la creación de nuevos Juzgados Superiores y de Circuito y para la traslación de un Juzgado a otro lugar, sean disposiciones necesarias para que tenga cumplimiento el artículo 156 de la Constitución, como lo demuestra claramente el hecho de que antes de la expedición de tales ordenamientos ya existían Juzgados Superiores y de Circuito organizados, y leyes que establecían esa organización. Mas aun suponiendo que el artículo 156 del Estatuto Fundamental no pudiera cumplirse sin la existencia de las disposiciones legales mencionadas, no por ello quedarían éstas erigidas en cánones constitucionales, caso en el cual sólo podrían reformarse en

Págs.

dos legislaturas sucesivas, ni la observancia de dichas disposiciones implicaría quebrantamiento de la Constitución. Sobre este particular la Corte reproduce y acoge los siguientes pasajes del concepto del señor Procurador: 'Las alegaciones de los acusadores tienden a demostrar que el violado no es el artículo 156 de la Constitución, sino los artículos 7.° de la Ley 73 de 1917 y 6º de la Ley 34 de 1918. El primero de esos artículos dispone que para la creación de nuevos Juzgados se requieren varias circunstancias que enumera esa disposicion. Y el artículo 6.° de la Ley 34 de 1918 preceptúa que para la creación de Circuitos Judiciales y traslación de ellos, se exigirán los mismos requisitos señalados en el artículo 7º de la Ley 73 de 1917. De manera que los argumentos de la demanda conducen a demostrar no que el legislador violó el artículo 156 de la Constitución, sino que ese mismo legislador no cumple sus propias leyes. Pero la misión de la Corte no es entrar a estudiar si una ley es contraria a otra ley. Su misión es más alta, y está claramente definida en el artículo 41 del Acto reformatorio número 3 de 1910; 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*. Y es que dentro del orden constitucional no hay propiamente leyes violatorias de otras leyes. Desde que el legislador obre dentro de ese orden, puede derogar expresa o tácitamente otras leyes anteriores y disponer lo contrario de lo que éstas preceptuaban, sin que ningún otro poder pueda coartarle esa libertad, que es el ejercicio de una atribución constitucional.' Como se ve, vuelve a presentarse ahora, con motivo de la Ley 123 de 1931, el mismo problema surgido con motivo de la Ley 4ª de 1927, que creó el Distrito Judicial de Pereira, con su Tribunal y Juzgado Superior y empleados correspondientes. La acusación de entonces del todo análoga a la de hoy, que se basa en no haberse llenado los requisitos de las disposiciones pertinentes de las Leyes 73 de 1917 (artículo 7º y 34 de 1918, artículo 6º), y en que por ello se violó el artículo 156 de la Constitución Nacional, prosperó en aquella ocasión en que, por siete votos contra cinco, de los señores Magistrados que salvaron el suyo, tuvo mayoría el concepto de las disposiciones legales que organizan y reglamentan un precepto constitucional, y le dan eficacia práctica, participan de la naturaleza o calidad del mismo, al punto de que

Págs.

faltar a ellas es faltar a éste. (Esa sentencia, que es de diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta, se halla publicada en el número 1,838 de la «Gaceta Judicial.» volumen XXXVI, páginas 363 a 370). En los cinco salvamentos a que acaba de aludirse, se sostiene la tesis contraria, o sea, la de que esas disposiciones no pasan a participar de la calidad de constitucionales, y no dejan de ser sólo ley, en razón de su referida finalidad y alcance. Este concepto es el que ahora prevalece para la presente sentencia, como queda visto en la exposición precedente, a que se agregan estas consideraciones: Si las leyes del referido carácter genérico que dan vida práctica a preceptos constitucionales, o que son indispensables para la efectividad de éstos, hubieran de reputarse parte integrante de los mismos, y participantes por ello de esa calidad, serían Constitución y no meras leyes el Código de Organización Judicial, por ejemplo, o la que organizó los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo. Si las leyes de aquella clase hubieran de reputarse como participantes de la referida calidad, su derogación o reforma requería la tramitación repetida y dilatada indispensable para las reformas constitucionales, lo que no sería posible exigir, dadas las disposiciones de la Constitución, que establecen el modo de dictar las leyes. Para lo atañadero a esta potestad en sí misma, la Constitución no distingue entre leyes y leyes, no forma, por ejemplo, la clase de las generales y de las especiales, para limitar esa potestad, a dar a cada clase distinta tramitación en su discusión, debates, etc. Con esta potestad tiene el Congreso la de enmendarlas, la de derogarlas expresa o tácitamente, y aun la de apartarse de ellas. El citado artículo 41 de la memorada reforma Constitucional de 1910, al atribuírle a la Corte Suprema la guarda de la Constitución, la faculta exclusivamente para confrontar una ley dada con los preceptos de cuya violación se le acusa, y para declararla inexequible si halla fundado el cargo; pero no para hacer tan grave declaración, porque el legislador al dictar una ley se aparte de lo que otra ley haya establecido. El ejercicio de tan singular y excelsa facultad, no cabe, ni ésta asiste a la Corte, cuando la discrepancia ocurre entre una ley y otra ley, por especial y circunscrita que sea la una, y por general que sea la otra. Ambas, repítese son leyes, y esto basta para que no siendo de constitución sino de ley lo que se dice se ha violado, no quepa prosperidad en la demanda en que sólo esto sea lo que acontece, o más propiamente, no se halle la discrepancia con precepto constitucional que es indispensable como acaba de verse. Siendo las leyes genéricas de que aquí se ha hecho mención, una ordenación hacia la marcha regular del ramo de actividades respectivo, ocurre a primera vista el temor, cuandoquiera que se desoye, de que la nueva ley que esto hace se aparte de esa regularidad armónica y de la equidad y del interés general que son de suponerse buscados por esa ley genérica. Ese temor puede ser infundado en muchos casos, en que el legislador salta las vallas trazadas por él mismo, porque busca el bien general, evitando males mayores de los que se deriven de aparecer él desoyendo sus propios mandatos. Pero dado por sentado que a todo trance fuera preferible siempre obedecer a esas leyes generales, aun sacrificando otros intereses y aun dando campo a que se produzcan otros males, ello es que al dictar las leyes nuevas el legislador no hace sino ejercitar su facultad de hacerlas, que la Constitución le confiere y asegura. Como ya se dijo, la demanda en el presente caso acusa la Ley 123 de 1931 de violatoria del artículo 156 de la Constitución, pero, también ya se dijo, no se halla que este precepto haya sido violado por una ley que dispone lo que aquella dispone, siendo así que traslada, integra o crea un Juzgado, y que este artículo 156, ya transcrito, establece que la 'ley organizará los Juzgados inferiores y determinará sus funciones y la duración de los Jueces'.» (Sentencia de 29 de marzo de 1933, tomo XXXVIII)..... 491, 2ª. 492, 1ª

Salvaron su voto los Magistrados Arango, Becerra, Martínez y Tafur A., y Germán B. Jiménez, Ignacio González Forero).

LEY ACUSADA 213—(Contabilidad oficial y Contraloría)—Se demandó la inexequibilidad del Decreto número 911 de 1932, por el cual se reforman las leyes orgánicas de la contabilidad oficial y del Departamento de Contraloría, como contrario a la Constitución Nacional.

«Habiéndose acogido el concepto del señor Procurador, quien lo emitió en sentido favorable a la exequibilidad del decreto acusado, procede la Corte a dictar el correspondiente fallo. El artículo 4º de la Ley 99 de 1931 es del siguiente tenor: 'De conformidad con lo dispuesto por el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis porque atraviesa el país. Pero el Gobierno no

Págs.

podrá, en virtud de estas autorizaciones, establecer monopolios que no hayan sido decretados por leyes anteriores. Parágrafo. 1º Para la adopción de dichas medidas, el Presidente de la Repúbiica consultará previamente a una Junta que nombrará las Cámaras y que se compondrá de seis miembros, elegidos tres por cada una de ellas. Parágrafo 2º De las autorizaciones que se conceden por el presente artículo, hará uso el Presidente de la República hasta el 31 de diciembre del corriente año. Parágrafo 3º De las medidas que se tomen el Presidente de la República y la Junta que se crea por esta ley, darán cuenta al Congreso, actualmente reunido, para información del país.' Vino posteriormente la Ley 119 del mismo año (1931), y en sus artículos 1º y 2º estableció: 'Prorrógase hasta el 31 de julio de 1932 el plazo señalado por el artículo 4º de la Ley 99 de 1931, para que el Presidente de la República ejerza las facultades extraordinarias de que se le reviste por dicha disposición.' Al ponerse en receso las Cámaras Legislativas quedará suprimida la Junta Consultiva interparlamentaria, creada por la Ley 99 del presente año, y el Presidente de la República podrá hacer uso libremente de las facultades extraordinarias de que por esa Ley y por la presente se le ha investido.' En uso de las facultades a que se refieren las disposiciones trascritas, el señor Presidente de la República dictó el Decreto número 911 de 1932, por el cual se reforman las leyes orgánicas de la contabilidad oficial y del Departamento de Contraloría, y se suspenden varias disposiciones de la Ley 42 de 1923, de la 64 de 1931 y de otras leyes.... Las Leyes 99 y 119 de 1931 invistieron, como se ha visto, al Presidente de la República de 'facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis que atraviesa el país.' Dos condiciones deben llenarse de acuerdo con los términos de la disposición preinserta, para que un decreto dictado por el Presidente de la República pueda considerarse comprendido dentro de las facultades extraordinarias conferidas al Jefe del Estado por las precitadas leyes, a saber: que verse sobre materia fiscal o económica, y que contenga medidas que fueran precisamente indispensables para la conjuración de la crisis económica por que atraviesa el país a tiempo de expedirse las citadas leyes. Como el decreto acusado regula una materia fiscal, desde luego que trata de la organización de la contabilidad oficial y del Departamento de Contraloría, es indudable que se

Págs.

llena el primero de los requisitos indicados. En cuanto al segundo, el de que las medidas tomadas en el Decreto fueran precisamente indispensables para la conjuración de la crisis, envuelve él una cuestión de hecho, que en gran parte correspondía apreciar al Gobierno ya que sólo él poseía en su conjunto el plan económico y financiero cuyo desarrollo debía influír en el remedio de la grave situación fiscal y económica que ha venido pesando sobre el país a consecuencia de las repercusiones que en la economía nacional ha producido la crisis mundial. De ahí que el mismo Gobierno fuera el llamado en primer término a apreciar la conveniencia y necesidad de los actos gubernativos que hubieran de expedirse en desarrollo de las autorizaciones; pues la misma ley había confiado a su tino y discreción la elección de tales medidas, con la sola condición de que fueran precisamente indispensables para la conjuración de la crisis. En estas circunstancias sería necesario que apareciera de manifiesto que las disposiciones del Decreto acusado no reunían la condición expresada, para que la Corte pudiera llegar a la conclusión cierta de que al dictar dicho decreto el Gobierno, habría extralimitado las facultades conferidas por el legislador. No apareciendo, como no aparece, de manifiesto la falta del indicado requisito, es menester admitir que las disposiciones del decreto se amoldan a las respectivas autorizaciones, ya que para resolver lo contrario no tendría fundamento alguno esta corporación, y ya que las violaciones a la Constitución deben aparecer de manera clara, para que la Corte pueda hacer una declaración al respecto.» (Corte Plena, sentencia marzo 30 de 1933) XXXVIII..... 496. 1ª y 2ª y 497, 1ª

Hubo salvamento de voto del Magistrado doctor José Miguel Arango.

LEY APLICABLE A LA FECHA DE UN ACTO DETERMINADO. 214—En 1924, cuando regía la Ley 103 de 1923, se practicó una prueba pericial en que el Tribunal, dice el recurrente, haciendo a un lado la regla del artículo 79 de la Ley 105 de 1890, no apreció el dictamen, sino que le reconoció completa fuerza probatoria, aplicando, probablemente, el artículo 770 de la Ley 103 de 1923, el cual no regía la controversia.

«El Tribunal refiere en su sentencia la inspección practicada de oficio por el Juez con intervención de peritos; y aunque no dice expresamente que le otorga plena fe, si así lo hizo, no cayó en error evidente de hecho ni en el de derecho que se le atribuye. Esto porque, en sentir de la Corte, el valor sustantivo de la prueba se rige por la ley bajo la cual se practicó, y

Págs.

en octubre de mil novecientos veinticuatro estaba vigente la mencionada Ley 103, cuyo artículo 770 disponía: 'El dictamen pericial tiene fuerza obligatoria en el pleito en que se produce, salvo el caso en que los hechos en que los peritos funden su dictamen no hubieren sido presenciados por ellos o examinados personal y directamente, o se hubieren fundado para dar su exposición en pruebas producidas en juicio que no tengan el carácter de plenas.' El dictamen de que aquí se trata no se halla en los casos de excepción contemplados en el artículo; pues los peritos examinaron directa y personalmente los hechos y tuvieron en cuenta los títulos presentados, que, si algo confusos, tienen el carácter de plena prueba. Por tanto, se desestima este cargo.» (1) (Casación, noviembre 25 de 1930,) XXXVIII..... 328, 2ª

LEYES QLE REGLAMENTAN UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL. 215—(Véase la doctrina contenida en el número 212).

LIBROS DE COMERCIO. 216—Es principio inconcuso que en los libros de comercio sólo se abren cuentas a las personas con quienes se tienen negocios a crédito o en cuenta corriente. Por consiguiente toda cuenta personal abierta en los libros de un comerciante expresa una relación jurídica entre éste y la persona a quien está abierta, y de ella ha de resultar cuál de los dos es acreedor y cuál deudor, y por qué causa. (Casación, noviembre 6 de 1930) XXXVIII..... 296, 1ª

LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE HECHO. 217—Uno de los tres socios de una sociedad de hecho pidió que se declaráse existente la sociedad y que se procediese a su liquidación, lo que hizo citando a los herederos o representantes de uno de los socios muertos, pero sin decir nada respecto del otro socio, también fallecido.

«De estos postulados se desprende con patente fundamento jurídico, que en el juicio seguido con posterioridad a la muerte de uno o más de los miembros de una sociedad de hecho, para que se proceda a su liquidación, es preciso que esta declaración se haga con intervención de los socios existentes y de todos los herederos de los socios muertos, ya que ellos son los continuadores de sus causantes, consiguientemente representantes de la herencia, y como tales, partícipes de los saldos deudores o acreedores de ésta.» (2) (Casación octubre 9 de 1930) XXXVIII. 137, 2ª

(1) Concordancia: número 2281, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) Una doctrina anterior de la Corte decía que la liquidación de una sociedad de esta laya correspondía al copartícipe que dirigió y administró la empresa (número 2380, tomo 3º «Jurisprudencia de la Corte.»)

Págs.

M

MALA FE. 218—En el caso de venta de una misma cosa a dos personas expuso el recurrente que el Tribunal reconoció expresamente que de parte de la persona demandada para el saneamiento de la evicción hubo una culpa, es decir, una «violación imputable, pero no maliciosa y voluntaria de la Ley por la cual se incurre en alguna pena,» que es como el artículo 3.º del Código Penal define la culpa; que aceptó el Tribunal que por parte del demandado hubo una violación de la ley; que en ese terreno era indiscutible la aplicación del artículo 2.º del Código Penal para suponer voluntad y malicia en la violación de la ley o para presumirla, y que en ese caso la presunción favorece al demandante que sostiene la existencia de mala fe en los procederes del demandado vendedor de la misma cosa a dos personas, para que fuese aplicable el artículo 1907 del Código Civil, que el Tribunal no había considerado.

«Se refiere este cargo al siguiente pasaje de la sentencia del Tribunal, en que se niega la existencia de la mala fe y se concede que pudo haber un error y aun una culpa en la Orden Tercera vendedora, pero en ningún caso intención de perjudicar al comprador. El pasaje de la sentencia dice así: 'Según lo dicho, para el Tribunal es incuestionable que la mala fe sobre que el demandante se funda, no aparece, ni aparecer podía de los meros contratos de venta; y muy al contrario, de los antecedentes de este juicio resulta que, si bien hubo un error de parte del demandado, y aun una culpa, esa mala fe no aparece; y tampoco fue probada por otros hechos positivos distintos de los contratos en cuestión.' Como se ve, la expresión del Tribunal se refiere al descuido o culpa civil, que no alcanza a las proporciones del dolo o culpa lata, pues bien claro se lee en el pasaje referido que la mala fe no aparece, Ahora, como en materia civil, la mala fe no se presume, ni tampoco el dolo, o sea la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (artículos 1139 y 1516 del Código Civil), correspondía al demandante la carga de la prueba, y el Tribunal halló, con sobra de fundamento, que las solas escrituras de venta y las sentencias en que la demanda se apoya, no son suficientes para demostrar la mala fe del vendedor, que es la razón y la base de las pretensiones del actor.» (Casación, noviembre 5 de 1930 XXXVIII..... 247, 1ª y 2ª

— 219—Una persona jurídica, vendió una finca raíz a A; después vendió una parte de esta misma finca a B, y éste vendió a C, el cual sufrió evicción de la cosa comprada en jui-

Págs.

cio de reivindicación que intentó y ganó uno de los sucesores o compradores del primer comprador. En casación se acusó la sentencia del Tribunal de violación del artículo 1907 del Código Civil por cuanto no estimó que había procedido de mala fe el primitivo vendedor al vender una misma cosa a dos personas y por cuanto no le aplicó, en consecuencia, la sanción que señala el artículo 1907 citado. Dijo el recurrente que los artículos 1.°, 16 y 331 del Código Penal señalan como delito la enajenación por dos veces de una misma cosa a diferentes compradores, y que el artículo 2.° del mismo supone voluntad maliciosa mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario.

«La Corte considera que no es exacta la tesis del recurrente, consistente en que cuando la evicción proviene de una doble venta, basta la comprobación de ese hecho para que se presuma la mala fe en el vendedor, puesto que el mismo artículo 1907, invocado en la demanda de casación, distingue para los efectos del saneamiento entre vendedores de buena y mala fe. Dice ese artículo 1907: 'El aumento de valor debido a causas naturales o al tiempo, no se abonará en lo que excediere a la cuarta parte del precio de la venta; a menos de probarse en el vendedor mala fe, en cuyo caso será obligado a pagar todo el aumento de valor de cualesquiera causas que provenga'. En esta misma disposición se expresa claramente que la obligación de abonarle al comprador evicto todo el valor de la cosa, debido a causas naturales o al tiempo, depende de que se pruebe en el vendedor mala fe, esto es, que se demuestre esa circunstancia por el actor, ya que la mala fe no se presume, lo cual está de acuerdo con los principios de derecho que establecen la presunción contraria en materia civil, y con lo que dispone el artículo 769 del Código de la materia, que dice: 'La buena fe se presume, excepto en los casos que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros casos la mala fe deberá probarse.» (Casación, noviembre 5 de 1930), XXXVIII ..... 246, 1ª y 2ª

MANDATO. 220—En el juicio de tercerías propuestas en la ejecución promovida por la sociedad denominada *Cervecería Antioqueña Consolidada* contra la *Fábrica Nacional de Vidrios*, en que se casó parcialmente la sentencia del Tribunal de Medellín, por motivo distinto al que va a expresarse, se alegó en casación que se había violado el artículo 2186 del Código Civil.

«El artículo 2186 invocado, se refiere al efecto que producen las obligaciones contraídas por el mandatario a nombre del mandante; y como por lo ya expuesto, Restrepo no era mandatario de la Fábrica Nacional de Vidrios cuando firmó la escritura a favor de Barreneche y compañeros, no es de aplicación al caso el precepto en referencia. Quiere decir esto que en sentir de la Corte es improcedente alegar como motivo de la violación de un precepto que regula relaciones jurídicas entre mandante y mandatario tenidos como tales, la ratificación del supuesto mandante a contratos ejecutados por un tercero.» (Casación, junio 27 de 1930), XXXVIII 44, 1ª

MANDATO PROFESIONAL. 221—Se acusó una sentencia de violación del artículo 2144 del Código Civil en cuanto, dice el recurrente, no se demostraron las circunstancias de que el señor N. perteneciera a gremio de profesionales, ni que a los poderes qne tenía estuviera unida la facultad de representar y obligar a X. respecto de terceros. Se trataba de un poder conferido por éste a aquél para unas gestiones judiciales y de una demanda para el pago de honorarios por tales gestiones.

«En concepto de la Corte, para la aplicación del citado artículo 2144 no es preciso acreditar que el individuo que ha prestado los servicios es miembro de determinado gremio profesional, sino que basta inquirir si la profesión es de aquellas que suponen largos estudios, punto éste que se resuelve en abstracto, o sea sin necesidad de pruebas; no hay por qué exigirlas para saber, por ejemplo, que la ingeniería, la medicina y la abogacía se hallan en semejante caso. Fuera de esto es de advertir que la cuestión de si el demandante 'prestó al demandado servicios después de pertenecer a un gremio de profesionales de aquellos que para el desempeño de sus funciones necesitan largos estudios,' no fue planteada en las instancias, por donde en casación constituye un medio nuevo y como tal inadmisible.» (Casación, octubre 29 de 1930), XXXVIII ..... 243 1ª y 2ª

MIEDO EN LA EJECUCIÓN DE UN HOMICIDIO. 222. Alfonso, Evelio y Rogelio Sierra, hermanos éstos, y primos de aquél, se hallaban en una tienda; Evelio y Alfonso entraron en torpe juego de manos y como éste fuera ya dominando a aquél en la amistosa lucha, Rogelio dijo a su primo que para juegos como esos buscara individuos de más fuerzas que su hermano; entonces se dirigió Alfonso como a luchar con Rogelio, el cual le rechazó y *rápidamente* «tiró su guarniel hacia adelante; fue en ese momento cuando Alfonso disparó sobre su primo dejándole herido de muerte. Al someter el Juez 1.° Superior de Medellín la cuestión correspondiente al Jurado, éste contestó:» Sí, *con miedo*. «En el proceso había declaraciones de testigos que decían que Rogelio fue hombre peligroso, agresivo, rápido para armarse y agredir y que estuvo siempre listo para la contienda armada. El Juez condenó al homicida a la pena de tres años de reclusión de acuerdo con el inciso 2.° del artículo 602 del Código Penal, en relación con el numeral 2.° del artículo 587 del mismo. El Tribunal reformó la sentencia aplicando el artículo 600 del Código Penal y condenando al encausado a la pena de seis años de presi-

Págs.

dio. Interpuesto recurso de casación por el defensor del condenado, la Corte casó la sentencia del Tribunal de Medellín y expuso:

«Sin entrar en largas disertaciones, se puede decir que el miedo, en sentido que exime de responsabilidad, es la perturbada manifestación del ánimo que hace obrar a una persona instintivamente, colocada dentro de determinadas circunstancias de peligro, el cual debe ser inmediato, inminente, actual, grave e insuperable. Y es obvio que el peligro debe reunir tales condiciones, cuando menos, porque si se puede prever o no es de naturaleza tal que aun se puede evitar sin acudir a la violencia, la responsabilidad existe inmediatamente, pudiendo ser susceptible de mayor o menor atenuación, según las características que presente la propia realidad del hecho. En el presente caso, de acuerdo con lo que consta en el informativo, en armonía con las comprobaciones de autos, que se han mencionado ya, no se puede afirmar que el peligro en que se vio envuelto Sierra, y por lo mismo el miedo que se apoderó de él y que le atribuyó el Jurado, fuera de la naturaleza y condiciones del que se deja expresado. No siendo esto así, como efectivamente no lo es, debe quedar colocado el hecho dentro de las características generales, es decir, dentro de aquellas que le quitan al acto gravedad, pero no lo destruyen, sino que simplemente lo atenúan en sí mismo y en sus consecuencias. Ahora bien: es indudable que a un hecho de tal clase, apreciado en esa forma por virtud del veredicto de un Jurado que tiene apoyo en autos, debe ver el juzgador de derecho si le cuadra una disposición de la ley penal sustantiva para los efectos del caso. Dentro de esta consideración, la Corte estima que los razonamientos del señor Juez *a quo* y del señor Magistrado del Tribunal que salvó su voto en la sentencia de éste, son acertados y se hallan dentro de la verdad legal; porque, efectivamente, el veredicto de los Jueces de conciencia, interpretado del modo como se deja expresado, queda comprendido en el numeral 2º del artículo 587 del Código Penal, y entonces se impone la aplicación del inciso 2º del artículo 602 del mismo Código.» (Casación, julio 11 de 1930), XXXVIII..... 25, 1ª

MIEDO EN LA EJECUCIÓN DE UN HOMICIDIO. 223—El Juez Primero Superior de Medellín sometió al Jurado los siguientes cuestionarios que se transcriben con sus correspondientes contestaciones:

«Cuestión primera. ¿El acusado Manuel Montoya es responsable de haber herido voluntaria y premeditadamente con proyectiles de arma de fuego (escopeta) a Bernardo Valencia, a consecuencia de lo cual murió éste inmediatamente; hechos ocurridos en el paraje denominado *El Alto del Canelo*, jurisdicción del Municipio de Yolombó, en la tarde del cinco de septiembre de mil novecientos veintiséis?

El Jurado contestó: «Sí, movido por el miedo y por graves ofensas recibidas con anterioridad.»

«Cuestión segunda. ¿El acusado Manuel Montoya ha cometido el hecho que se menciona en la cuestión principal, con las siguientes circunstancias, o con alguna o parte de ellas: con previa asechanza, a mansalva, a traición y sobreseguro y sorprendiendo desapercibida a la víctima, señor Bernardo Valencia?

El Jurado contestó: «Sí.»

El Juez condenó al acusado a la pena principal de veinte años de presidio, de acuerdo con el artículo 598 del Código Penal, en relación con los artículos B del Acto legislativo número 3 de 1910 y 3.º de la Ley 54 de 1913. Apelado el fallo, el Tribunal lo reformó rechazando la premeditación y condenando al acusado a la pena principal de diez años de presidio. Recurrió en casación el Fiscal 1.º del Tribunal de Medellín y la Corte casó parcialmente la sentencia recurrida condenando al reo a la pena de veinte años de presidio, porque consideró, de acuerdo con la historia de los acontecimientos, que el miedo con que procedió el homicida, según el Jurado, no anuló su libertad.

Sobre el particular dijo la Corte:

«La expresión 'movido por el miedo' estampada en el veredicto, da a entender, como lo observó el Juez de primera instancia, que se trata de un 'miedo común vencible, el miedo natural que experimenta el asesino en el silencio de la selva' y como lo dijo el Magistrado del Tribunal que salvó su voto: 'el miedo de autos no es insuperable por un peligro inminente, sino el del asesino que desde la vera del camino asecha cobardemente a su víctima, sin que ésta se aperciba de él, y luégo le dispara certeramente dando al traste con su existencia.' Para que el miedo pueda ser causa de excusa, y por consecuencia de irresponsabilidad, es preciso que no pueda eludirse sin recurrir a medios violentos, es decir, cuando se está en presencia de un mal actual, grave, de naturaleza insuperable, serio y de trascendencia.» (Casación, junio 11 de 1930), XXXVIII. 20 y 21, 1ª y 2ª

MINAS. 224—Fueron avisadas unas minas como abandonadas, ante un Alcalde; poco después se denunciaron las mismas y hubo oposición de un tercero a favor del cual declaró el Juez que tenía derecho preferente para oponerse al denuncio. El Tribunal confirmó el fallo. El denunciante que había asumido el papel de actor recurrió en casación atacando la sentencia del Tribunal por violación de ley sustantiva, pues afirmó que no eran aplicables al caso ni el artículo 94 del Código de Minas, ni el numeral 6.º de ese artículo, sino lo dispuesto por los artículos 341 y 346 de ese Código, en armonía con el artículo 8.º del mismo.

«El sentenciador afirmó que los avisos estuvieron mal dados, aplicando

Págs.

a ellos la disposición del numeral 6º del artículo 94 del Código de Minas. Semejante aplicación es evidentemente errónea e implica el quebrantamiento de la disposición. El numeral 6 º se refiere, en su tenor literal, al denuncio de las minas abandonadas y no a su aviso, y ello para el solo efecto de declarar nulo el título. El artículo 346 del propio Código establece que el restaurador de una mina ha de comenzar por avisarla, y que al aviso le es aplicable todo lo dispuesto en los artículos 8º a 14 (reemplazado éste por el 6º de la Ley 38 de 1877). Ahora bien: leyendo atentamente tales artículos, se comprende que en ellos no se prescribe que en el aviso de una mina abandonada se indique el nombre del último poseedor. El artículo 353 manda que en el escrito de denuncio de minas abandonadas se expresen el nombre y la residencia del último poseedor, si se saben, y de no, que así se diga claramente en el escrito; y si no existe en el Código, como es lo cierto, una disposición análoga para el aviso de las mismas, es porque tal requisito no es necesario en dicha pieza. Por lo demás, la jurisprudencia tiene resuelto que la ley no reconoce nulidad de avisos ni de denuncios de minas. En casación de diez y seis de septiembre de mil novecientos doce, declaró la Corte que cuando se trata de la simple denuncia de una mina abandonada, el haberse omitido a sabiendas la designación del último poseedor no es, según la ley, causal de nulidad de tal denuncia, aunque sí lo es del título. Y con mayor razón ha de sostenerse que no hay nulidad en el aviso de una mina abandonada por no haberse expresado el último poseedor, cuando esto no es obligatorio, como acaba de decirse. Síguese de aquí que la sentencia, además de violar por indebida aplicación el susodicho numeral 6º del artículo 94 del Código de Minas, quebrantó por omisión o por mala interpretación los artículos 8.º y 346, lo cual significa que es casable aquella sentencia.» (1) (Casación, febrero 20 de 1931, XXXVIII ... 457, 1ª

MINAS. 225—En un juicio ordinario en que el denunciante de una mina asumió el papel de actor y en que fueron rechazadas las pretensiones de la demanda, se intentó recurso de casación contra la sentencia del Tribunal. Alegó el recurrente que la falta de revalidación de un título sobre minas acarrea la violación directa de los artículos 1.º y 13 de la Ley 38 de 1887 y 129 y 133 del Código de Minas.

No prosperó el recurso ante la Corte, la cual, citando una doctrina anterior de la misma, dijo lo siguiente:

Págs.

«Como la cuestión que plantea el recurrente en este motivo está ya decidida por la Corte en otras ocasiones, conviene reproducir la doctrina asentada en fallo del año de 1928. Dice así: 'El artículo 4º, ordinal 2º del Código de Minas, reconoce el dominio de ellas a quienes lo hubieran adquirido a título de adjudicación otorgada por el Estado o por cualesquiera otros medios traslativos de dominio. Confirma esta declaración el artículo 459, inciso 2º, el cual ordena que las controversias y los pleitos sobre actos, derechos y obligaciones anteriores a la vigencia del Código de Minas adoptado como ley nacional, se decidirán con arreglo a las leyes vigentes cuando se ejecutó el acto, se adquirió el derecho o se contrajo la obligación. Estas disposiciones no son sino aplicación y desarrollo de la garantía que ampara los derechos civiles establecida por el artículo 31 de la Constitución. Esta ordena: 'Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores'. Quiere esto decir que un título de minas expedido con todos los requisitos legales a favor de un adjudicatario, no puede estar sujeto a revalidación ulterior impuesta por el legislador, sino que tiene todo el valor y efecto que le daban las leyes coetáneas. Y agrega aquel fallo: 'Por estas y otras razones dijo la Corte en la sentencia del 4 de junio ya citada: No puede llegarse a la conclusión de que la falta de tales diligencias—las de revalidación—acarrearan la pérdida o extinción del derecho para quien ya tuviera un título legalmente expedido, ni menos que esa falta implicara abandono; pues sobre el particular son suficientemente explícitas las disposiciones que en seguida se insertan del Código de Minas: 'Si se rechazare alguna solicitud de las que se hagan conforme al artículo 129, no por eso se entenderá que pierde sus derechos el respectivo interesado. Los documentos en que se fundan tales derechos conservan la fuerza y validez que deben tener, según las disposiciones legales que regían cuando se expidieron (artículo 134). Y la Corte declaró también en esa misma sentencia que siendo las causales de abandono legal de una mina taxativas y específicamente determinadas en el artículo 345 del Código de Minas con sus concordantes, el abandono pretendido por el recurrente carece de base.» (Casación, diciembre 13 de 1930, XXXVIII. ... . 382, 2ª y 383, 1ª

(1) Concordancias: Casación, 16 de septiembre de 1912, XXI, 374, 2ª; tomo 1º de la «Jurisprudencia de la Corte,» número 2,449, y 1,493, tomo 2.º)

Págs.

MORA. 226—En la indemnización que le correspondía hacer a una Compañía de seguros por los perjuicios causados en un incendio, no se había podido llegar a un acuerdo amistoso sobre el monto total de avalúo de tales perjuicios. Se afirmó que hubo mora en el pago de ellos.

« ....La mora en el pago sólo llega a producirse, cual ya se ha insinuado, cuando existe en firme una suma líquida. Por tanto, tampoco prospera la acusación contenida en este motivo.» (Casación, agosto 27 de 1930, XXXVIII. 128, 1ª

N

NOTIFICACIÓN DE LA CESIÓN DE UN CRÉDITO 227. La falta de notificación de la cesión de un crédito que debe hacer el cesionario al deudor o a sus herederos, constituye carencia de personería sustantiva para demandar el pago.

Pedro Macías, cesionario de Arthur D. Thomas, demandó ante el Juez 1.° del Circuito de Honda a María Teresa Hallam de Vargas, para que se la obligase al pago de una suma de pesos que debía Henry Hallam a Thomas, y para cuyo pago constituyó hipoteca sobre una finca raíz. No se cuidó el cesionario de hacer notificar la cesión al deudor mismo o a sus herederos, y demandó directamente el pago de la señora Hallam en su carácter de poseedora hipotecaria. Falló el Juez en consonancia con las pretensiones de la demanda, confirmó la sentencia el Tribunal de Ibagué, y la demandada, por medio de apoderado, interpuso recurso de casación por violación de los artículos 1960 y 1961 del Código Civil.

La Corte resolvió lo siguiente:

«Este cargo sí es fundado. Efectivamente, no aparece de autos que se hubiera notificado la cesión del crédito al deudor, que lo es en este caso, no el poseedor de la finca hipotecada, sino el que contrajo la obligación, porque el contrato de hipoteca es accesorio de la obligación principal, y sin ésta no existe. En el fallo de primera instancia que el Tribunal confirmó, reconoce el Juez que constaba que no se hubiera notificado la cesión del crédito a la señora Hallam de Vargas, pero que como ésta ha intervenido en la litis con el cesionario, se supone por parte de aquélla la aceptación de la cesión, para los efectos del artículo 1962 del Código Civil. Esta tesis es inaceptable, porque si bien la disposición anterior establece que la litis contestación con el cesionario supone la aceptación de la cesión, esto tiene cabida cuando la litis contestación ha tenido lugar con el deudor mismo, y cuando, como en este caso, el mismo deudor principal no opone desde la notificación de la demanda la excepción de falta de personería del demandante, pero no

Págs.

cuando, como en el caso de autos, la litis contestación ha ocurrido con el poseedor de la finca hipotecada únicamente, y en que, por consiguiente, se ha podido privar al deudor del derecho de alegar defensa o excepciones que sólo a él le competen. No apareciendo, como no aparece, que se haya notificado la cesión del crédito al deudor principal o a sus herederos, ni tampoco que se haya seguido la litis contestación con aquél o con quien legalmente lo represente, hay falta de personería sustantiva en el demandante señor Macías, porque sin esta notificación al deudor principal o litis contestación con él, se considera existir el crédito en cabeza del cedente, respecto del deudor y terceros, conforme lo establece el artículo 1963 del Código Civil. Por el motivo que se acaba de considerar, es casable la sentencia del Tribunal. En cuanto al fallo de instancia, existe el mismo motivo; mientras el cesionario no notifique la cesión al deudor principal, no se ha perfeccionado el vínculo jurídico entre él y el deudor, y por consiguiente, al demandar al cesionario antes de esa notificación, ha ejercitado su acción antes de tiempo. (1). (Casación, julio 16 de 1930. «Gaceta Judicial.» XXXVIII, número 1,865, página 14, 2ª)

NOVACIÓN. 228—Luis Ernesto Mendoza demandó a José Jesús Villegas para que se declarase terminado el contrato de arrendamiento entre éste y aquél, sobre un establecimiento y empresa de caña dulce o azúcar en la finca denominada *Irlanda*, y para que le pagase los perjuicios provenientes de haber vendido el demandado la finca a otras personas sin tener en cuenta el contrato de arrendamiento que constaba en documento privado. Falló el Juez en consonancia con las peticiones de la demanda, y el Tribunal de Pereira revocó la sentencia absolviendo al demandado de los cargos de la demanda porque estimó que de la absolución de posiciones del actor aparecía una novación de contrato. Hé aquí lo conducente de las posiciones absueltas por Mendoza: «Pregunta cuarta: «Es verdad, sí o nó, que usted se ha estado entendiendo con los dueños de *Irlanda* hasta el punto de convenir en un arreglo para definir las cuestiones que usted, contra derecho, adelanta contra mis mandantes? Contestó: Es verdad que en alguna ocasión me estuve entendiendo con los dueños de *Irlanda*, porque el señor Villegas me había dicho que en la escritura de venta había hecho constar que esos señores quedaban responsables del contrato, lo cual resultó no ser cierto.» Contra ese fallo interpuso casación el actor acusándolo por error de hecho en la apreciación de las posiciones que absolvió, y por violación de los artículos 1690, numeral 3.°, y 1694 del Código Civil.

«La Corte considera eficiente el cargo del recurrente para casar la

(1) Concordancias: número 2585, tomo 3º, de la «Jurisprudencia de la Corte,» números 3526, 3528, «Jurisprudencia de los Tribunales,» tomo 2º

Págs.

sentencia; pues es evidente que de la absolución de esas posiciones no aparece la confesión de que Mendoza tuviera la intención de novar; porque si el fenómeno de la novación acaeció, como lo dice el Tribunal, por sustitución de una de las partes obligadas, ese caso está regulado por el artículo 1690 del Código Civil, numeral 3.°, y necesita que el acreedor exprese su voluntad de dar por libre al primitivo deudor, como lo ordena el artículo 1694, cosa que no resulta de las posiciones examinadas. Tampoco aparece de la absolución de posiciones, que el acreedor Mendoza lo haya declarado así, ni aparece de las pruebas acompañadas, que la intención haya sido la de novar, porque la nueva obligación haya extinguido la antigua, es decir, que la venta de Villegas a Henao, Arango y Gómez H. de la finca de *Irlanda*, haya extinguido las obligaciones que Villegas contrajo para con Mendoza, y si ello es así, el sentenciador erró de hecho, y quebrantó las disposiciones invocadas. Por otra parte, sostiene el sentenciador que la subrogación respecto de los derechos de Villegas había quedado perfeccionada desde hace diez y ocho meses; concepto éste que está en pugna con el de la novación, y que se excluyen, porque así lo dispone el artículo 1,691, inciso 2º» (1). (Casación, XXXVIII, número 1877, marzo 26 de 1931)..... 566, 1ª

NULIDAD. 229—Se pidió que se declarase la nulidad de un juicio en que se decretó el decomiso de una embarcación que llevaba contrabando.

«Se observa que aquí se trata de una nulidad adjetiva que se funda en haberse pretermitido, en concepto del demandante, determinadas formalidades de procedimiento en la secuela del juicio. Mas la Corte tiene decidido en repetidos fallos que las nulidades de que pueda adolecer un juicio por faltas de procedimiento, deben ser alegadas en el mismo juicio, y no son materia de acciones separadas después de terminado éste.» (2). (Sentencia, agosto 2 de 1930), XXXVIII)..... 196, 2ª

— DEL JUICIO CRIMINAL. 230—En un juicio criminal que se adelantaba de oficio se facultó al acusador particular para intervenir en la diligencia de sorteo de Jurados, y para recusar a uno de éstos, por lo cual se alegó ante la Corte, por el defensor del reo, el motivo de nulidad que define el numeral 4.° del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, por cuanto no se sabía, «por un error en la diligencia del sorteo, cuáles eran los designados que en realidad hubieran debido actuar, y bien pudo que hubiera sido uno distinto de los que ejercieron el cargo.»

Dijo la Corte:

«La Corte estima que el apoderado tiene razón. Olvidó el Juez de primera instancia que el acusador particular, aun debidamente constituído, no es parte en esta clase de juicios que se adelantan de oficio, como claramente lo enseña el artículo 21 de la Ley 104 de 1922, cuando dice: 'El acusador particular no reviste el carácter de parte en la acción pública,' y su intervención queda limitada, según el artículo 20 de la misma ley, a solicitar las diligencias útiles o procedentes para comprobar el delito y descubrir los delincuentes, y a pedir el embargo de bienes suficientes para asegurar el pago de la indemnización civil a que diere lugar el delito, teniendo en cuenta el avalúo que sobre este punto se haya practicado. Con posterioridad a las disposiciones mencionadas, la Ley 68 de 1928, únicamente permite al acusador alegar oralmente ante el Jurado. De suerte que si en este juicio no existen como parte sino el Ministerio Público y el procesado, sólo ellos tienen derecho y facultad para intervenir en el sorteo de Jurados, y para llevar a cabo las recusaciones que permita la ley; mas no sucedió así; el Juez dio intervención en esa diligencia al acusador particular, insaculando mayor número de balotas de las indicadas por la ley, y concediendo al acusador el derecho de recusar, que no tiene. Es causal de nulidad, dice el numeral 4.° del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, 'haberse incurrido en la diligencia de sorteo en alguna equivocación tal, que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el Jurado.' Es probable que la persona recusada por el acusador, como lo anota el apoderado, hubiera sin esa circunstancia, integrado el Jurado; es posible también que en vez de insacular ocho balotas, como se hizo, si se hubiera el Juez limitado a siete, que era el número indicado, alguno o algunos de los sorteados hubieran podido ser distintos. En todo caso, la intervención del acusador en esa diligencia produjo tal equivocación e irregularidad en ella, que trajo y ha traído por consecuencia que no pueda saberse cuál o cuáles debían en realidad integrar el Jurado de calificación. Lo relativo al sorteo de los Jueces de hecho es de la mayor importancia, porque son ellos los que vienen a decidir de lo principal, o sea, acerca de la responsabilidad, y por lo mismo, la diligencia en que tal cosa se haga tiene que llevarse a cabo con el mayor cuidado y correc-

(1) Otros motivos de casación de esa sentencia han sido expuestos en otras doctrinas de la Corte que contiene el fallo en que se casa el del Tribunal.

(2) Esta es doctrina constante de la Corte. «Jurisprudencia de la Corte,» tomo I, número 2,611, tomo III, número 2695).

Págs.

ción. La nulidad alegada aparece, por tanto, justificada, y debe prosperar.» (Casación, XXXVIII, abril 15 de 1931)..... 527, 2ª y 528, 1ª

NULIDAD DEL JUICIO CRIMINAL. 231—Se alegó nulidad sustancial del proceso haciendo consistir la nulidad en el hecho de que el encausado no estuvo presente en la diligencia de sorteo de Jurados.

«Sobre este punto observa la Corte, de acuerdo con lo que en el particular expresa el señor Procurador, que 'tal omisión no implica nulidad, porque el numeral 1º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, sienta como tal el hecho de no notificarse el auto en que se señala día para verificar el sorteo y no la omisión apuntada; y de autos aparece que fue llenada la formalidad requerida por la disposición legal precitada, desde luégo que fue notificada la providencia aludida, no sólo al procesado sino también a su defensor..» (Casación, noviembre 10 de 1930), XXXVIII 254, 1ª

— 232—Se sorteó como Jurado a un individuo con el nombre de Antonio Recamán, pero a quien se dio traslado y quien desempeñó el cargo en la audiencia fue Antonio Mz. Recamán, que correspondía al nombre verdadero de Antonio Martínez Recamán. Por este motivo se alegó la causal de casación del numeral 7.º del artículo 3.º de la Ley 78 de 1923, por nulidad sustancial del juicio en conformidad con el artículo 265 de la Ley 57 de 1887.

«El artículo 265 de la Ley 57 de 1887, en su numeral 2º, prevé como motivo de nulidad el haberse reemplazado indebidamente en el acto del sorteo a alguno de los designados; aquí se reemplazó de hecho a Antonio Recamán, que salió elegido, por Antonio Martínez Recamán, y aun cuando el reemplazo o cambio no se verificó en el momento mismo del sorteo, sí se llevó a cabo en diligencias que se practican en su desarrollo, como son los traslados, y en la celebración del juicio, cambio que ni siquiera se verificó por otro designado que figurara en la lista, sino por un extraño, lo que da al hecho mayor gravedad. No se trata de agregación o supresión de simples iniciales, o de omisión en el segundo apellido, cuando por otra parte se trata de la misma persona; sino de dos nombres distintos. Es posible que las partes, y principalmente la defensa, si hubiera sabido que uno de los Jurados no era Antonio Recamán, sino Antonio Martínez Recamán, habría podido recusarlo, lo que quiere decir que por este otro aspecto se le privó de ese derecho, que por lo menos no pudo ejercitar con la amplitud necesaria. Tampoco se trata de una condena de poca gravedad, sino de la más alta y más severa, y es necesario que la plenitud de las formas propias de cada juicio se cumpla en toda su integridad. La circunstancia de que Antonio Mz. Recamán, o sea Antonio Martínez Recamán, no reclama ra sobre la identidad de su persona excusándose por tanto de servir el cargo por no ser la persona sorteada y por tal motivo no resulte la nulidad alegada, como lo anota el señor Procurador, sólo quiere decir que, o no tomó nota del verdadero nombre designado en la diligencia del sorteo que no le dio importancia alguna, o que a pesar de todo, quiso voluntariamente desempeñar el cargo por habérsele entregado el expediente y creer que era a él a quien la autoridad consideraba como Jurado. Mas una cosa es lo que haya pensado o creído don Antonio y otra muy distinta lo que resulta, desde un punto de vista estrictamente jurídico y legal, para el Juez de derecho. La nulidad alegada aparece suficientemente justificada, lo que hace inútil e innecesario el estudio de los demás motivos de fondo alegados, y que en esas condiciones tienen el carácter de subsidiarios. (Artículo 11 de la Ley 100 de 1892, inciso 2º)» (Casación, enero 29 de 1931), XXXVIII..... 360, 2ª y 371, 1ª

NULIDAD DEL JUICIO CRIMINAL. 233—Un hombre mató a su mujer legítima, por lo cual fue condenado, así por el Juez de la causa como por el Tribunal, a la pena de veinte años de presidio y a sus accesorias como responsable de uxoricidio; pero sucedió que el hecho del matrimonio no se comprobó en la forma legal, ni con el acta correspondiente, ni por medio de la prueba supletoria de ese estado civil. Alegó el recurrente que se había incurrido en el juicio en nulidad sustancial, toda vez que no habiendo figurado en el proceso la prueba del acta de matrimonio ni la supletoria, no hubo fundamento para enjuiciar por uxoricidio, ni por tanto, para condenar.

«Tanto el recurrente, en lo que se ha transcrito, como el señor Procurador, han expresado que existe nulidad en el procedimiento por faltar la prueba del uxoricidio de que se ha venido hablando. Si legalmente ello fuera así, se podría reponer lo actuado, dando oportunidad para colmar el vacío mediante ampliación del sumario; pero como en nuestra legislación no existe causal de nulidad que se funde y se desprenda del motivo apuntado, no puede invalidarse el procedimiento, desde luégo que tales causuales no son otras que las enumeradas por la ley, no habiendo lugar a la reposición de lo actuado, cualesquiera que sean las irregularidades que lo afecten (artículo 226. Ley 57 de 1887). Bien se ve, pues, que no puede prosperar la causal 2ª que la demanda invoca. Pero, en cambio, como lo ha sostenido la Corte en otros

Págs.

casos, lo que hay es violación de la ley penal sustantiva, ya porque la ausencia de comprobación del cuerpo del delito pone de manifiesto la indebida aplicación de esa ley, por no haber delito; o ya, porque si bien el cuerpo del delito de homicidio sí aparece comprobado, como en el presente caso, en cambio no está lo relativo al vínculo matrimonial, y ello pone de manifiesto la indebida aplicación penal de los artículos que sancionan el parricidio.» (Casación, marzo 27 de 1931), XXXVIII..... 477, 1ª

NULIDAD DEL JUICIO CRIMINAL 234—(Véase la doctrina contenida en el número 42).

— DE PROCEDIMIENTO. 235—(Véase la doctrina que contiene el número 45).

— DE UN PROCESO CRIMINAL. 236—El ser uno de los miembros del Jurado tío del Fiscal no constituye vicio de nulidad en lo actuado.

«....El ordinal 4º del artículo 243 de la Ley 57 de 1887, que trata de los impedimentos, se refiere a que el designado sea ascendiente, descendiente o hermano del Fiscal y, por lo mismo, allí no se contempla el caso propuesto en la demanda, ni existe, en consecuencia, el vicio que se alega.» (Casación, octubre 16 de 1930).. 191, 1ª

— 237—No la constituye el hecho de no haber asistido al sorteo de Jurados ni el Fiscal ni el defensor del procesado.

«... Esto no significa que exista vicio de nulidad emanado de allí; pues la ausencia del Fiscal y del defensor en nada afecta el proceso, porque tanto el uno como el otro estuvieron en libertad de asistir o nó a la práctica de aquella diligencia, ya que en la debida oportunidad se les notificó personalmente el auto en que se señalaba día y hora para el sorteo de Jurados.» (Casación, octubre 16 de 1930), XXXVIII..... 190, 2ª

— EN EL JUICIO CRIMINAL. 238—Sostuvo un recurrente la segunda de las causales contenidas en el artículo 3.° de la Ley 78 de 1923, por cuanto aseveró que se había incurrido en el juicio en nulidad porque se omitió en la parte resolutiva del auto de proceder la determinación de la época y lugar en que se hubiera cometido el delito. «No basta, dijo, que se hayan mencionado en la parte motiva las circunstancias que caracterizan el auto de proceder, porque el cargo se formula en realidad en la parte resolutiva de ese auto, y la ley no ha distinguido que unas características del enjuiciamiento se citen en la parte motiva y otras en la resolutiva.» Citó en apoyo de su opinión algunas doctrinas de los Tribunales de Buga y Medellín, según las cuales «la omisión absoluta de la época y lugar en que se cometió el delito, es falta mayor que la equivocación relativa a esas circunstancias, y entraña, por consiguiente, nulidad en los juicios criminales.»

Dijo la Corte:

«No designa el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, a qué providencia o auto quiso referirse; pero como es en el auto de proceder donde se califica el informativo y se precisan los cargos que resulten contra el acusado, no hay duda que esa nulidad dice relación a lo que debe ser materia de esa providencia judicial, la cual consta de dos partes, una expositiva y otra resolutiva, no siendo la última sino una consecuencia de la primera. Es en la motiva donde se hace la historia y apreciación de los hechos, y es por lo mismo en ella en donde principalmente debe quedar determinado lo que concierne a la época y lugar en que el delito se haya cometido. En la parte motiva del auto de proceder que se estudia, se determinaron con claridad esas circunstancias, de suerte que no se puede decir que ellas se hubieran omitido. La nulidad que prevé la disposición citada no se refiere a especificaciones que deban hacerse precisamente en la parte resolutiva del auto de proceder, porque, como ya se vio, ni siquiera lo designa. Ha existido la práctica, por cierto muy provechosa y conveniente, de hacer mención en esa parte resolutiva de la época y lugar en que el delito se haya cometido, así como de otras particularidades, pero su omisión, cuando la motiva las contiene, no tiene la gravedad que le da el recurrente. Y no tiene esa gravedad porque habiéndose determinado esas circunstancias en la parte motiva, y formando el auto de proceder un solo cuerpo jurídico, en el cual la resolución final estrictamente no debe contener sino la denominación legal que al cargo corresponda, de acuerdo con el Código Penal, 'en el correspondiente título, cuando no se divida en capítulos, como homicidio, heridas, etc....' según lo enseña el artículo 345 de la Ley 105 de 1890, es lógico concluír entonces que ese auto de enjuiciamiento sí contiene todos los requisitos, y principalmente los que se han venido examinando.» (Casación, marzo 25 de 1931), XXXVIII..... 472, 2ª

◎

OBJETO ILÍCITO. 239 -Se vendió un predio en baldíos de la Nación, y se alegó que el Tribunal había incurrido en error de derecho al aplicar el artículo 44 de la Ley 110 de 1912, siendo así que la venta se había verificado antes de ese año, y que por tanto, no era aplicable esa disposición legal.

«El error en que pudo haber incurrido el Tribunal, al aplicar el artículo 44 de la Ley 110 de 1912, no

Págs.

conduce necesariamente a la invalidación del fallo, toda vez que esa venta de terrenos baldíos se llevó a efecto bajo la vigencia del artículo 3.° de la Ley 48 de 1882, que consagraba el principio de que 'las tierras baldías se reputan bienes de uso público,' y por tanto, se vendió una cosa que está fuera del comercio, y en ello hubo objeto ilícito.» (Casación, diciembre 1.° de 1930), XXXVIII 335, 2ª

OBLIGACIONES A DÍA. 240—En una escritura de transacción celebrada entre los dueños de unos predios colindantes convinieron en señalar noventa días para trazar, por medio de peritos agrimensores, la línea limítrofe pactada como divisoria de los predios, lo que se verificaría a partir de la fecha de la firma de la escritura de transacción. Se trataba de un juicio de oposición a un deslinde que fue fallado adversamente al opositor, el cual recurrió en casación ante la Corte alegando violación directa del artículo 1602 del Código Civil, y de los artículos 2469 y 2483 del mismo, por falta de aplicación estos últimos, en cuanto se afirmaba que el Tribunal de Buga no había interpretado rectamente una de las cláusulas de la citada escritura de transacción. La Corte, al considerar infundado el cargo, expuso:

«Es cierto, como lo afirma el recurrente, que, aparte de la estipulación primera del contrato, por la cual se determinó en abstracto una línea divisoria sobre bases o puntos concretos, acordaron también en la cláusula 9ª del contrato que las partes contratantes procederían a 'designar el perito o los peritos agrimensores que deben trazar las líneas divisorias y limítrofes, y a colocar los mojones'; es decir, que las operaciones de trazado de las líneas limítrofes sobre el terreno y su señalamiento con mojones serían obra extrajudicial de las mismas partes, con intervención de expertos. Pero cierto es también que esa obligación recíproca se contrajo a día, cuyo cumplimiento debía verificarse por aquéllas, una vez—dice el contrato,—que quede firmada la presente escritura.' Las obligaciones a día se rigen, según el artículo 1555 del Código Civil, por las disposiciones del título 4º, libro 3º, ibídem, sobre asignaciones testamentarias a día. El artículo 1138 que pertenece a este título, asimila estas asignaciones a las obligaciones a plazo y las sujeta a las reglas que rigen éstas. *Plazo* es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, el que puede ser a día, vencido el cual, ésta es exigible sin necesidad de previo requerimiento al deudor. Y cuando en el pacto, como sucede en el presente caso, se han señalado dos días determinantes del plazo, de los cuales uno indica que el término comienza a correr—*dies cedit*—(firma de la escritura de transacción), y el otro cierra el término para el cumplimiento de la obligación—*dies venit* (nonagésimo día después de otorgada la escritura), es caso respecto del cual si bien las disposiciones de nuestro derecho positivo no formulan reglas para fijar el vencimiento del plazo y los efectos jurídicos que resultan después del día inicial del término, la doctrina las tiene establecidas. Enseñan los expositores de derecho, siguiendo al jurisconsulto Ulpiano, que terminado el primero de aquellos días, la obligación se empieza a deber y un derecho eventual del acreedor se fija; y concluído el segundo, se cumple el término prefijado para dar cumplimiento a la obligación, cuyo vencimiento se realiza y la hace exigible. Sentado esto y aplicando al caso las reglas expuestas, una vez firmada la escritura de transacción por todos los interesados, se dio principio al término de noventa días para dar cumplimiento por cada uno de ellos a la obligación de hacer, consistente en 'designar el perito o los peritos agrimensores que deben trazar las líneas divisorias y limítrofes, y colocar los mojones,' y vencidos los noventa días sin llenarla, se hallan en mora, y el actor bien pudo, sin necesidad de previo requerimiento, acudir a la justicia con la acción de apremio para la ejecución del hecho convenido (artículo 1610, ordinal 1º del Código Civil).» (Casación, junio 27 de 1930), tomo XXXVIII, página..... 11, 2ª

OCUPACIÓN DE BALDÍOS. 241—(No constituye modo de adquirir el dominio de ellos). (Véase la doctrina contenida bajo el título *Baldíos*, número 27 (1).

— Y CULTIVO DE TERRENOS BALDÍOS. 242. Fue acusada una sentencia de haber violado el artículo 65 del Código Fiscal en cuanto, en sentir del recurrente, si el cultivador, en conformidad con dicho artículo, adquiere la propiedad de los baldíos que cultiva, no puede sostenerse que tales baldíos pertenecen a la Nación, como lo sostuvo el Tribunal.

«Para contestar este cargo basta copiar lo que reza el artículo 66 del Código Fiscal, que explica el alcance del 65 de la misma obra desautorizando la interpretación que le da el recurrente, pues según este artículo, la persona establecida en terrenos baldíos, con casa de habitación y cultivos, tales como siembra de cacao, café, caña de azúcar y demás plantaciones permanentes, o empresas de sementeras de trigo, maíz, arroz, etc. *tiene derecho a que se le adjudique* (se subraya) gratuitamente lo cultivado y una parte del terreno adyacente..', derechos que, según el artículo 67 ibídem, tiene también quien ocupa

(1) «Jurisprudencia de los Tribunales,» tomo 1.°, número 700, artículos 1º, Ley 48 de 1882, 1.º, Ley 56 de 1905, y Ley 36 de 1907.

Págs.

los expresados terrenos. No es, pues, como lo insinúa el recurrente, que la ocupación y el cultivo confieran ipso facto el dominio de los terrenos baldíos; esos hechos sólo dan derecho a solicitar la adjudicación del terreno cultivado u ocupado con ganado, mediante el lleno de las formalidades detalladas en el capítulo 4º, Título 4º, libro 1º del Código Fiscal, y mientras esa adjudicación no se haya efectuado, los tales terrenos pertenecen a la Nación y son imprescriptibles.» (1). (Casación, diciembre 1º de 1930), XXXVIII).. ..... 336, 2ª

OFENSAS RECIBIDAS CON ANTERIORIDAD A LA EJECUCIÓN DE UN HECHO. 243—Si entre ellas y el hecho criminoso ha transcurrido algún tiempo la responsabilidad del acusado se agrava.

Manuel Montoya disparó su escopeta contra Bernardo Valencia cuatro años después de que éste le había inferido ofensas graves: Con el disparo le ocasionó la muerte. La Corte, al casar parcialmente la sentencia del Tribunal de Medellín en virtud del recurso de casación interpuesto contra ella por el Fiscal primero de esa corporación, expuso lo siguiente:

«Dicen algunos testigos que unos cuatro años antes le oyeron decir al mismo sindicado Montoya que Valencia lo había herido en la cara y una mano, heridas que en realidad le vieron y por las cuales Valencia no había sido castigado por falta de pruebas. Fuera de este antecedente, de muy antigua data, nada más se encuentra que pudiera indicar persecución, intimidación ni peligro alguno para su seguridad y su vida, y que lo obligaran a tomar todas las precauciones para defenderse en caso necesario. Varios años habían transcurrido desde la fecha de ese encuentro, que seguramente por las condiciones en que pudo verificarse, dando crédito al propio dicho de Montoya, no pudo éste olvidar hasta obtener su venganza que fue el verdadero móvil del homicidio y que el Jurado reconoció cuando dijo: «....por ofensas graves recibidas con anterioridad.»....Pues si Montoya procedió movido por ofensas graves que había recibido con anterioridad varios años há, la perturbación del momento, el arrebato de ira, el disparo súbito de que habla el Tribunal no tiene justificación; muy al contrario, esa explicación de los jueces de conciencia indica que transcurrió bastante tiempo que le permitió meditar sobre la venganza que debía tomar preparando y asegurando los medios de realizarla. De ahí que el Código Penal, como lo anota el recurrente, en vez de atenuar la responsabilidad del acusado que mata en esas condiciones, la agrava, según se deduce del artículo 588, que dice: 'Cualquiera que sea la provocación, ofensa o injuria que mueva al homicida se tendrá por premeditado el homicidio en el caso de que se cometa sin riña ni pelea no en el acto mismo de la provocación sino algún tiempo después, suficiente para obrar con reflexión.» (Casación, junio 11 de 1930), XXXVIII. 21, 1ª

OPOSICIÓN A LA ADJUDICACIÓN DE BALDÍOS. 244. Se acusó una sentencia por haber declarado que unos denunciantes de unos predios considerados como baldíos no tenían derecho a ellos y se afirmó que tal declaración violaba el artículo 77 del Código Fiscal, el cual decide si el pretendiente a un terreno baldío tiene o no derecho para hacer el denuncio. Se concluyó que con tal declaración se había usurpado una atribución del Poder Ejecutivo.

«....El cargo es de poca sustancia. No porque la autoridad administrativa deba examinar y decidir si un denunciante de baldíos tiene el derecho y ha llenado las condiciones que la ley impone para obtener su adjudicación, puede concluírse que esa autoridad es la única que durante el procedimiento de avisos y denuncio que precede a la adjudicación, tenga de tratar y resolver acerca de los derechos del denunciante para pretender la adjudicación. Hay otra clase de relaciones jurídicas que pueden agitarse a virtud de aquellos procedimientos, tales como las que se refieren a terceras personas, cuyos derechos pueden afectarse. Por esta razón el Código Fiscal, al regular las concesiones de los baldíos a cultivadores o colonos, a tiempo que determina los puntos de derecho y los requisitos con que puede hacerse una adjudicación, tiene también disposiciones que establecen acciones y las reglamentan, por medio de las cuales se ventilan las relaciones de derecho de segunda clase que se dejan mencionadas, no ya respecto del Estado sino de particulares. Esos medios constituyen las oposiciones. El recurrente aparenta olvidar que al lado del artículo 77 del Código Fiscal, cuya violación acusa, existen muy contiguos los artículos 72 y 74 que establecen la facultad, la causa y las acciones de oposición y determinan que es el Poder Judicial quien debe dirimirlas. Todo opositor la primera cuestión que plantea en intención, sea cual fuere la redacción que adopte es ésta: el denunciante carece de derecho para aspirar a la adjudicación, porque existe otro prevaleciente, que lo destruye; no otra cosa significa la frase 'hacer valer sus derechos' que emplea el artículo 74.» (Casación, noviembre 21 de 1930), XXXVIII 301 1ª

(1) «Jurisprudencia de los Tribunales,» tomo 1º, número 700.

Págs.

P

PAGO. 245—(A quién debe hacerse)—Persona distinta de la diputada por el acreedor para un cobro se presentó a hacerlo y la Tesorería General de la República le pagó a un tal G. Camargo, «empleado en esa época del Ministerio, quien por medio de fáciles argucias dentro de la oficina, se puso o se hizo poner representante de la sociedad ya nombrada.» Demandada la Nación para el pago al verdadero representante del acreedor, la Sala de Negocios Generales de la Corte sentó esta doctrina:

«.... Así las cosas, surgió la cuestión de saber si la Nación quedaba libre de la obligación de reintegrar a Alzamora Palacio & Compañía, con el pago hecho a G. Camargo. Tal cuestión originó este juicio, que para desatarlo basta recurrir al nítido precepto del artículo 1634 del Código Civil, que contempla los varios casos en que el pago es eficaz o válido, ninguno de los cuales se presenta en autos, pues G. Camargo no tenía relaciones algunas con la Casa demandante, antes está plenamente acreditado que el representante de ésta era Gabriel Carrizosa, por lo que hay que concluír con el extremo jurídico de que el pago hecho a G. Camargo, de la suma que se debía a Alzamora Palacio & Compañía no tuvo validez alguna, o en otros términos, no libertó a la Nación de la obligación que la vinculaba con la Casa de comercio expresada.» (Sentencia, julio 7 de 1930), XXXVIII ..... 77, 1ª y 2ª

PARRICIDIO. 246—M. M. C. mató a su esposa M. H. O. de dos tiros de revólver, voluntariamente, aunque sin premeditación, y sorprendiendo a la víctima indefensa y desapercibida, pero sin las demás circunstancias constitutivas de asesinato, según el veredicto del Jurado. El Juez Superior de Barranquilla, aplicando el artículo 615 del Código Penal, condenó al uxoricida a la pena de 20 años de presidio y a las accesorias consiguientes, y el Tribunal confirmó la sentencia. Se alegó en casación mala interpretación de la ley y aplicación de una disposición distinta de la que correspondía (numeral 1.°, artículo 3.°, Ley 78 de 1923), y se dijo que el marido había sorprendido a su esposa en un cuarto de su casa con un hombre en los precisos momentos en que éste satisfacía sus deseos carnales con la adúltera; que aun sus ropas desceñidas denunciaban el hecho, y que un testigo confirmó en su declaración lo aseverado por el reo.

Sienta la Corte esta doctrina:

«El hecho delictuoso de que trata este proceso es el de homicidio premeditado cometido por M. M. C. en la persona de su esposa legítima M. H. O., por medio de heridas causadas con arma de fuego. Tal es el cargo a que se refiere el enjuiciamiento, cargo que, al ser propuesto al Jurado en el cuestionario respectivo, fue contestado por éste afirmativamente, pero descartando la premeditación. En esa forma apreciado el hecho, es decir, considerado como un homicidio voluntario, dio lugar a la condenación en entrambas instancias. Ahora bien, un homicidio de tal clase, que se realizó en tales circunstancias, según el Jurado, recibe, de conformidad con la Ley—artículo 593 del Código Penal—la denominación de parricidio, y lleva consigo la pena de veinte años de presidio, sustitutiva de la pena de muerte (artículos 615 del Código Penal, y transitorio *b*) del Acto legislativo número 3 de 1910). Si se alega que la infidelidad de la esposa fue lo que motivó el crimen, hay que advertir que ésta, en las circunstancias del caso que se contempla, no está reconocida por la ley como circunstancia que pueda modificar la esencia del parricidio definido como más grave, o sea, el parricidio voluntario, de que trata el artículo 615 precitado, si bien es cierto que en otras circunstancias de flagrante, notoria e inmediata infidelidad puede llegar a exculpar la muerte dada al cónyuge o al cómplice de adulterio. Por otra parte, ni el veredicto ha tenido en cuenta tal circunstancia, ni de los autos aparece que haya existido la infidelidad, ni tampoco que éste fuera el motivo que determinó a Camargo a dar muerte a su esposa indefensa y desapercibida, circunstancias que sí están reconocidas en el veredicto del Jurado. Y como el delito de que se trata está sancionado por el artículo 615 del Código Penal, no se puede considerar el caso como de aquellos a que se refiere el 618 ibídem, es decir, como caso no previsto, lo cual se pretende en virtud de circunstancias especiales que, se vuelve a repetir, ni han sido reconocidas por el Jurado de calificación, ni menos aún han tenido siquiera alguna demostración en los autos. No hay duda de que teóricamente existe razón en lo expresado por el recurrente, porque, en verdad, un parricida de un homicidio voluntario no debe, en justicia estricta, tener la misma pena de quien realiza tal hecho con premeditación y circunstancias de asesinato, puesto que estos dos últimos casos tienen una gravedad mucho mayor, siendo mayor, por lo mismo, la peligrosidad y temibilidad del homicidio. Pero como la ley que debe cumplirse es perentoriamente expresa en el particular, como es en el caso del artículo 615 a que ya se ha aludido en relación con el asunto que se contempla, a tal disposición debe atenerse el juzgador, como se ha dicho por la Corte en negocios similares al presente.» (Casación, julio 25 de 1930, XXXVIII) ..... 74, 1ª y 2ª

Págs.

PARTES SOLIDARIAS EN MATERIA CRIMINAL. 247. En una causa criminal en que hubo varios condenados por sentencia, se incurrió en informalidades de procedimiento con relación a uno de ellos, el cual no recurrió en casación contra la sentencia. Alegó el recurrente de otro de los condenados tales informalidades.

La Corte dijo:

«En materia criminal no se puede decir, como lo pretende el recurrente, que todos los procesados formen siempre una sola parte con carácter solidario, en forma que todo lo que se diga respecto de uno de ellos comprenda a todos los demás; pues la responsabilidad, principalmente la de carácter estrictamente penal, es absolutamente individual, y por tanto individual es su defensa, e individual su posición jurídica durante el curso del juicio.» (Casación, agosto 9 de 1930, XXXVIII)..... 100, 1ª

PARTICIÓN. 248—Se acusó una sentencia de error de derecho y de violación de los artículos 1398 y 1016 del Código Civil, porque no los aplicó el partidor en la partición, y en cuanto el Tribunal, en la segunda instancia del incidente sobre objeciones a la partición, la aprobó en la parte en que el partidor no dedujo del monto total del activo algunas partidas del pasivo.

Observó la Corte:

«Por este aspecto el cargo es en parte fundado. Efectivamente, el partidor debió deducir del caudal social y no del haber hereditario, como lo hizo, el valor de los honorarios de los peritos, y de los del partidor, porque son gastos que provienen de trabajo que aprovecha, tanto al cónyuge sobreviviente, en su condición de socio y de heredero, como a los demás interesados. Sin el avalúo de los bienes sociales y la partición de éstos, no podía hacerse la liquidación y recibir el cónyuge sobreviviente lo que le correspondió como socio, y por consiguiente, debe contribuír al gasto que ocasionó, no solamente la liquidación y partición del haber hereditario en que también tiene parte, sino en el haber social. Deducir esas dos partidas del haber hereditario, como lo hizo el partidor, es gravar a los demás herederos con un gasto que no les corresponde soportar en su totalidad.....» (Casación, agosto 28 de 1930, XXXVIII) 86, 1ª

PENA 249—(Véase la doctrina contenida bajo el título «Interpretación de la ley penal,» número 183).

— 250—Un individuo mató a dos personas en una misma noche; los dos homicidios fueron considerados como asesinatos por el Jurado y el Juez condenó al acusado a la pena de veinte años de presidio y el Tribunal a cinco más de reclusión.

Sostuvo el recurrente, invocando la causal 1.ª del artículo 3.° de la Ley 78 de 1923, que no se le podía aplicar el artículo 71 del Código Penal porque éste en su primera parte se refiere a un solo delito, y para que a una persona se le puedan imponer más de veinte años de presidio, que el 54 del mismo Código fija en veinte, es preciso que sea reincidente, lo que no sucedía en el caso de autos, ya que los dos delitos cometidos entrañaban cada uno la pena de veinte años, y como ésta es sustitutiva de la de muerte y equivalente a ella, así como cuando existía la pena capital, a la persona a quien se la aplicaba era imposible físicamente imponerle mayor pena, así también a él, una vez que se le habían impuesto los veinte años que reemplazan la pena de muerte, no era posible que se le impusieran cinco años más de reclusión.

«No sólo por reincidencia se pueden imponer veinte años de presidio y cinco de reclusión, también se impone esta pena cuando, verbigracia, el cómputo de pena para un delito excede de veinte años de presidio, robo, hurto, o abuso de confianza de una gran suma de dinero o de algo que valga considerablemente, pues entonces para el resto de la pena, cualquiera que él sea, se hace uso de los cinco años autorizados por la ley para tales casos. Ahora bien: si esto sucede cuando se trata de un solo delito, con mayor razón es aplicable cuando se trata de dos de la gravedad de los que se contemplan, calificados en una misma sentencia, como en el caso presente. Uno de los delitos no puede quedar sin sanción, la cual, en virtud de lo dispuesto taxativamente por la ley, no puede exceder de los cinco años más a que ella misma alude.» (Casación, diciembre 19 de 1930), XXXVIII..... 315, 1ª

PENA ATENUADA. 251—Un recurrente contra la sentencia de un Tribunal que impuso al acusado la pena de nueve años de presidio como reo de homicidio simplemente voluntario, afirmó que hubo violación de la ley penal al aplicar el artículo 600 y no la atenuada del 604.

«En el caso de autos, la respuesta categóricamente afirmativa sobre una pregunta en que se contempla un homicidio voluntario sin atenuación especial, no permite la aplicación del artículo 604, porque, como lo ha venido sosteniendo la Corte en numerosos fallos, es preciso que el veredicto declare en alguna forma los elementos de hecho a que se refieren disposiciones especiales que atenúan la responsabilidad por homicidio voluntario, como la del artículo 604, para que ellas vengan a ser las aplicables. Y no es esto lo que sucede con el veredicto pronunciado en esta causa: el Jurado pura y simplemente afirmó la responsabilidad que el Juez de derecho estimó ser la de homicidio simplemente voluntario en los casos generales que sanciona el artículo 600 con la pena de seis a doce años de presidio, por cuanto tal veredicto de ninguna manera contiene las cir-

Págs.

cunstancias de hecho que el artículo 604 tiene en consideración para atenuar de modo especial el homicidio. Ni podía el Tribunal desechar el veredicto o modificarlo con el pretexto de fijar el valor y alcance de determinadas pruebas, sin menoscabar o usurpar las atribuciones del Jurado; pues habiéndose proferido el veredicto sin sujeción a la tarifa legal, le estaba vedado al Juez de derecho desconocer estos principios para sujetar su fallo a normas distintas. Puede y debe el Juez de derecho examinar las pruebas y valorarlas para sustentar una declaración de injusticia notoria del veredicto, pero de esto no se trata en el asunto que se estudia ni habría materia para una decisión semejante» (1). (Casación, marzo 20 de 1931), XXXVIII 466, 2ª

PERITOS. 252—En un juicio de rescisión por lesión enorme se alegó en el recurso de casación el quebrantamiento del artículo 668 del Código Judicial (2) por no haberse notificado el auto que ordenó poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial, con lo que estimó el recurrente que se había incurrido por el Tribunal en error de derecho al reconocer como plena prueba el dictamen de la primera instancia, con ese vicio.

«Considera la Corte que, en efecto, la prueba pericial de que se trata quedó incompleta, desde luégo que no se notificó a las partes el auto por el cual se ordenó poner en su conocimiento la exposición de los peritos.. Prospera, pues, en esa parte la acusación del recurrente, en virtud del error de derecho que alega y habrá de casarse en dicho punto la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la primera en todas sus partes» (3). (Casación, febrero 25 de 1931), XXXVIII ..... 458, 2ª y 459, 2ª

PERJUICIOS. 253- Para que pueda condenarse a perjuicios en los contratos bilaterales, es necesario demandar o el cumplimiento del contrato o su resolución.

La sociedad denominada Cock, Sanín Villa & Compañía demandó al Municipio de Carolina y a su fiador o fiadores para que se hiciesen varias declaraciones, entre ellas y como petición subsidiaria, la de resolución del contrato entre el Municipio y la sociedad. Contrademandó el Municipio y el Juez absolvió a las partes de los cargos de sus mutuas demandas. El Tribunal de Medellín revocó el fallo condenando al Municipio al pago de los perjuicios demandados, pero no declaró resuelto el contrato, aunque contempló su violación por parte del Municipio y dijo que no había lugar a proferir las declaraciones subsidiarias de la demanda principal, entre las cuales estaba la de resolución del contrato.

Págs.

Interpuso recurso de casación contra la sentencia el Municipio, alegando violación de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, porque sin declarar resuelto el contrato condenó el Tribunal al Municipio al pago de perjuicios por su violación, los cuales son consecuencia de la acción resolutoria, y como por ella se absolvió, mal podía condenarse a perjuicios. Agregó el recurrente que si el sentenciador entendió que los demandantes lo que solicitaron fue el cumplimiento del contrato, cosa que pugna con los conceptos de la sentencia, la condenación a perjuicios ha debido ser el pago de los intereses de mora, ya que el Municipo debía a los demandantes una suma de dinero, y en tal caso debió aplicarse el artículo 1617 del Código Civil.

La siguiente es la doctrina de la Corte: «Para la Sala prosperan los reparos del recurrente. En efecto: ya la Corte ha resuelto el punto en el sentido de que hay que demandar la resolución o el cumplimiento del contrato (bilateral, se entiende), para que pueda condenarse a perjuicios, porque éstos son una consecuencia de la resolución o del cumplimiento del contrato, que son los dos extremos que puede optar el demandante, y la acción de perjuicios en esos casos está subordinada a una de las dos acciones reconocidas por el artículo 1546 del Código Civil.» En confirmación de su doctrina cita la Corte la sentencia de fecha treinta de abril de mil novecientos veinte (*Gaceta Judicial* números 1736 y 1737, página 325, columna 1ª, tomo XXXIII), que en lo sustancial dice así: «La acción alternativa que otorga a los contratantes el artículo 1546 del Código Civil, para el cumplimiento del contrato o para su resolución, es acción principal, a la cual está subordinada la de perjuicios provenientes del incumplimiento, por lo menos mientras el contrato no haya expirado; pues si no se obliga al cumplimiento del contrato al que no lo haya cumplido o si no se decreta contra él la resolución, no hay causa efectiva de la cual se deriven los perjuicios. Salvo que en casos especiales la ley establezca la acción para éstos, sin subordinarla a la efectividad o extinción del contrato, como parece que lo hace el artículo 1610 del Código Civil, para cuando no se cumpla la obligación de hacer, y no es éste el caso que ocurre en el presente juicio.» (Casación, marzo 17 de 1931), XXXVIII, 1877 ..... 563, 2ª y 564, 1ª

PERJUICIOS EN MATERIA CRIMINAL. 254—Es ilegal decretar su pago de oficio. Un Fiscal de Tribunal recurrió en casación atacando la sentencia de éste en que, al revocar la del Juez Superior, declaró que no era el caso de condenar por el monto de la indemnización de daños y perjuicios por no haberse intentado la acción civil correspondiente.

«Como la Corte en repetidos fallos ha venido sosteniendo que princi-

(1) Concordancias: número 1884, tomo 3º, «Jurisprudencia de la Corte; número 410 del «Indice y Jurisprudencia» del tomo XXXVI, número 1847, 615, 1ª

(2) Artículo 719 del actual Código Judicial.

(3) Concordancias: números 1307, 2058, 3236, tomo 3º, de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

palmente y en armonía con lo que dispone el artículo 24 de la Ley 104 de 1922, lo relativo a la indemnización de perjuicios en esta clase de procesos, queda reservado a la sola iniciativa particular, la cual debe ejercitar la acción civil correspondiente, y así el señor Fiscal del Tribunal carecía de personería para intentar recurso de casación en la forma en que lo hizo, por no referirse la materia sobre que versa su demanda a cuestiones que pudiera ejercitar como Agente del Ministerio Público. En relación con este punto de la indemnización de perjuicios, y con el solo objeto de hacer ver la falta de personería, por parte del Agente del Ministerio Público en la demanda de casación por él interpuesta, es conveniente transcribir lo que se dijo en casación de Solón M. Ortegón y Faustino García, de fecha treinta de agosto de mil novecientos veintisiete: '..... Entre los sistemas del avalúo y condenación oficiosa dentro del juicio criminal, y del mismo avalúo y condenación mediante el ejercicio de la acción correspondiente por la persona en cuyo favor se establece por la ley (y dentro del juicio criminal, guardando las correspondientes prescripciones, o bien en juicio civil independiente), sí hay verdadera incompatibilidad; son dos sistemas que no pueden coexistir. Y si se considera que el primero de dichos sistemas es el que establece el artículo 113 de la Ley 57 de 1887, y el segundo de ellos el que consagra el artículo 22 de la Ley 104 de 1922, que vino a reproducir lo dispuesto en el artículo 1500 del Código Judicial ampliándolo, puede verse con claridad, por una parte, aplicando las reglas relativas a la derogación tácita, que por una parte, el artículo 113 de la Ley 57 derogó el 1500 del Código Judicial, y por otra y en sentido inverso, que al entrar a regir el artículo 22 de la Ley 104, hizo un cambio radical del sistema hasta entonces existente, modificando el artículo 113 citado y derogando tácitamente las disposiciones contrarias al nuevo sistema. Este encarna un procedimiento especial para el logro de los perjuicios que al ofendido cause el delito, procedimiento que como queda dicho puede seguirse dentro del mismo juicio criminal o en juicio civil separado, pero en ningún caso de oficio (artículo 39, Ley 169 de 1896) (1). Desde el momento en que el artículo 43 de la Ley 104 incluye dentro de las disposiciones modificadas por la misma Ley el artículo 113 de la Ley 57, se hace preciso considerar que el último texto no puede subsistir en su integridad, sino en aquello que no contraríe el nuevo sistema, que elimina el procedimiento de oficio. Podrá entonces la parte interesada, si lo pide en legal forma, presentar las pruebas que estime conducentes, y el Juez fijará en la sentencia la suma que se deba al ofendido por indemnización; y ejecutoriada, la sentencia prestará mérito ejecutivo, según el artículo 113, pero no podrá hoy el Juez ordenar de oficio, desde que un juicio criminal se abra a prueba, que se proceda al avalúo de los perjuicios, ni condenar en la sentencia al monto que se deduzca de ese avalúo, cuando el ofendido no se ha hecho parte, porque esto no preceptúa el artículo 22 de la citada Ley 104» (1). (Casación, agosto 9 de 1930), XXXVIII..... 104 y 105, 2ª y 1ª

(1) «Jurisprudencia de los Tribunales,» tomo 2º, número 3985.

Págs.

PERJUICIOS EN MATERIA CRIMINAL. 255—Se casó parcialmente una sentencia por haber condenado al pago de daños y perjuicios sin que se hubiese ejercitado por parte de los interesados la acción correspondiente.

«.....No podrá el Juez ordenar de oficio, desde que un juicio criminal se abra a prueba, que se proceda al avalúo de los perjuicios, ni condenar en la sentencia al monto que se deduzca de ese avalúo, cuando el ofendido no se ha hecho parte, porque esto no es conforme con lo que preceptúa el artículo 22 de la citada Ley 104.» (1). (Casación, octubre 18 de 1930), XXXVIII..... 216, 1ª y 2ª

PERSONERÍA. 256—Es doctrina constante de la Corte que las cuestiones de personería o mala representación de las partes en los juicios, son exóticas en el recurso de casación, pues si oportunamente no se alegó la nulidad del juicio por carencia de personería, en el recurso de casación no es tiempo de alegarla (2). (Casación, agosto 23 de 1930), XXXVIII..... 68, 2ª

PODER. 257—No lo pueden ejercer los Senadores y Representantes al Congreso Nacional. La parte no recurrente solicitó que se declarase desierto el recurso de casación interpuesto por un Representante al Congreso Nacional, porque cuando fundó el recurso desempeñaba las funciones de Representante, y no era por ello persona hábil para representar a su poderdante en el juicio.

«Al establecer la última de las disposiciones citadas (3), que los Senadores y Representantes no pueden ejercer poderes mientras gocen de

(1) Ley 104 de 1922.

(2) Véase también Casación de 9 de julio de 1918 «Gaceta Judicial, XXXVIII 357, 2ª, y Casación de 26 de marzo de 1924, «Gaceta Judicial,» XXX.

(3) Artículo 216 del antiguo Código Judicial.

Págs.

inmunidad, ha consagrado una prohibición que acarrea nulidad en el procedimiento respectivo, a menos de presentarse por el Senador o Representante impedido licencia de la respectiva Cámara para ejercer el poder o ejecutar la gestión de que se trate.» (Auto, febrero 7 de 1931)..... ... 439, 2ª

POSESIÓN PARA REIVINDICAR O PARA OBTENER UNA DECLARACIÓN DE PROPIEDAD CONTRA UN POSEEDOR ACTUAL. 258—Con la copia de una diligencia de fecha 25 de junio de 1864, en que constaba que el Juez de la Provincia del Carmen (Bolívar) y el Gobernador de la misma le dieron posesión a Federico Laguna de tres caballerías de tierra en el punto denominado Joján, demandaron los herederos de Laguna a Manuel María González Blanco, poseedor de parte de ese terreno, ante el Juez del Circuito del Carmen, para que se declarase el dominio de los actores sobre él y que nunca lo había poseído ni legal ni materialmente el demandado. Negadas las pretensiones de la demanda en ambas instancias, recurrieron en casación ante la Corte los actores acusando la sentencia del Tribunal de Cartagena de violación directa del inciso 2.º del artículo 762 del Código Civil, por no haberle concedido mérito probatorio a la copia de la citada diligencia para que prosperase la acción petitoria de dominio. No infirmó la Corte la sentencia del Tribunal, y en la parte motiva de su fallo sentó esta doctrina:

«Lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 762 del Código Civil, invocado por el recurrente, es una facilitación de prueba otorgada al propietario; pues siendo la posesión la más ostensible demostración del dominio, establece la ley la presunción de que quien se halla en ese estado de hecho llamado posesión, tiene el derecho de poseer, esto es, el de considerarse propietario, mientras otro no justifique serlo. Pero cuando la posesión material se ha perdido, como en el presente caso, no puede invocarse una posesión anterior contra el poseedor actual, como presunción de dominio para reivindicar o para obtener contra el poseedor una declaración de propiedad.» (Casación, 31 de julio de 1930)..... 57, 1ª

PRESCRIPCIÓN. 259—(Véase la doctrina contenida bajo el número 102).

— CONTRA EL DUEÑO. 260—A. vendió a B. una casa y éste a C.; después de registrada la escritura de esta venta, el mismo A. vendió la misma casa a D., y éste a E., quien también registró su título y poseyó materialmente la casa por doce años, uniendo su posesión a la posesión anterior de D. Al vender A. la casa a D. hubo venta de cosa ajena, pues la casa pertenecía ya a C. Así las cosas, C. entabló juicio de reivindicación contra E., y éste opuso la excepción de prescripción adquisitiva de dominio de la casa. El Tribunal emitió los siguientes conceptos que acusó el recurrente en casación de violatorios del artículo 2526 del Código Civil: «La venta de cosa ajena vale como contrato, y a veces puede ser base de adquisición por prescripción ordinaria en contra de terceros, pero jamás contra el poseedor

Págs.

regular de la cosa materia de la venta, porque, como dice el artículo 2526 del Código Civil, contra un título inscrito no hay prescripción adquisitiva de bienes raíces o derechos reales constituídos en ellos, lo que significa que no puede caducar el derecho del poseedor inscrito o regular sino mediante la inscripción de otro título que cancele el anterior y que llene las condiciones de ser justo, de haberse adquirido de buena fe, y que dé lugar a la posesión material de la cosa por diez años. De suerte que si el título no es justo, habrá a lo sumo buena fe de parte del adquirente, pero título nó. La posesión en este caso no es regular, que es lo que exige la ley en diez años, para adquirir por prescripción ordinaria.» Expuso el recurrente que la apreciación afirmativa del Tribunal (el de Barranquilla) sobre la aplicación del artículo 2526 implica una negación total de la prescripción ordinaria, porque si el título ha de emanar siempre del verdadero dueño, claro es que siempre se contemplará el caso de una simple tradición de dominio y nunca el que da origen a las adquisiciones por prescripción ordinaria constitutiva de dominio.

«La Corte considera: La interpretación que el sentenciador le da al artículo 2526 del Código Civil pugna, por su rigidez, con el espíritu de la misma disposición y con otras del propio Código, como la contenida en el inciso 2º del artículo 791, y la del artículo 1871, que le reconoce validez a la venta de cosa ajena, sin perjuicio de los derechos del dueño mientras no se extingan por el tiempo. Algunos han opinado, cotejando los artículos 789 y 2526, que el dominio y los demás derechos reales son imprescriptibles por regla general. Dicen que una inscripción no pone fin a la posesión si no está enlazada con la inscripción anterior, que es lo que el artículo 789 llama cancelación, de que se sigue que no se puede prescribir porque aquel contra quien se intenta la prescripción no ha dejado ser poseedor. Empero, semejante opinión ha sido refutada varias veces por esta Superioridad, la cual ha expresado que no es dable tomar aisladamente el primer inciso del citado artículo 789, sino que hay que ponerlo en relación con otras disposiciones para comprender su alcance, pues de otra suerte serían letra muerta varios artículos, como el 1871, que reconoce como válida la venta de la cosa ajena, de donde resulta que el comprador de ésta puede ganarla por prescripción, naturalmente contra el dueño; y es de notar que dicho comprador no está en ninguno de los casos del primer inciso del artículo 789. El artículo 791, después de consagrar el principio de que quien usurpa una cosa que tiene a nombre de otro no adquiere la posesión de la misma cosa ni se extingue la posesión anterior, dice que en este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y pone fin a la pose-

Págs.

sión anterior, y agrega: 'Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito 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.' Además, para la prescripción extraordinaria, al tenor del artículo 2531, no se necesita título, y se efectúa por la posesión durante treinta años, sin que se exija que el último poseedor inscrito haya cancelado la inscripción a favor del prescribiente. En suma, según el pensamiento de la Corte, aunque para la prescripción ordinaria del inmueble se requiere título inscrito, tal título no tiene porqué derivarse de quien tenga el último título registrado; ha de originarse de otra persona, pues de lo contrario, la venta de cosa ajena no valdría ni sería aceptable la prescripción extraordinaria de bienes raíces. Dedúcese de lo expuesto, que el Tribunal violó por errónea interpretación el artículo 2526, al no admitir que la prescripción tiene lugar en el caso de venta de cosa ajena respecto del dueño de ella, sirviéndole al comprador el título registrado de la compraventa en contra del dueño, y al estimar que el título del prescribiente, para ser justo, ha menester un enlace con el título del dueño en la forma prevista por el artículo 789.» (1). (Casación, noviembre 15 de 1930, XXXVIII)..... 323, 1ª y 324 1ª

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. 261—Caso en que se consuma una prescripción después de notificada la sentencia y antes de hallarse ejecutoriada.

Notificada apenas la sentencia de un Tribunal que condenó al encausado a la pena de nueve años de presidio y cuando el Tribunal no había perdido jurisdicción, solicitó el defensor del reo, de acuerdo con la Ley 5.ª de 1931 y con los artículos 93 y 95 del Código Penal, que se declarase prescrita la acción penal por haber transcurrido el tiempo necesario para su consumación. Negó el Tribunal la petición diciendo, entre otras cosas, lo siguiente: «Mas al presente impuesta como ha sido la pena, el beneficio extraordinario sólo puede referirse a su cumplimiento.»

Se recurrió en demanda de casación contra la sentencia del Tribunal por dos aspectos: el primero se dirigió a censurar la sentencia por haber calificado en segundo grado la responsabilidad, y el otro se encaminó a obtener que se declarase prescrita la acción penal, por haber trascurrido el tiempo necesario para tal fin. Sobre el punto de la prescripción que en auto posterior a la sentencia negó el Tribunal, dijo la Corte:

«¿Podía y debía el Tribunal declarar la prescripción? Tal es el punto que en primer lugar debe estudiarse.

(1) Concordancias: números 3066, 3143, tomo 1.º, 3220, tomo 3º, de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

Si bien es cierto que la sentencia del Tribunal estaba notificada cuando entró en vigencia la Ley 5ª y cuando el defensor solicitó la declaratoria de prescripción, en cambio ella no estaba ejecutoriada. Si al entrar en vigencia esa Ley, la sentencia hubiera estado ejecutoriada, no hay duda de que el ejercicio de la acción penal habría quedado terminado, y entonces habría tenido razón el Tribunal; pues así una nueva y distinta situación jurídica habría surgido con diversos efectos, entre ellos el de la prescripción no ya de la acción penal sino de la pena impuesta; de ahí que el Código Penal, en el artículo 97, diga con toda propiedad: 'La pena impuesta por *sentencia ejecutoriada* prescribe en..' Si la sentencia no estaba ejecutoriada el Tribunal no había perdido la jurisdicción en el negocio; esta jurisdicción no queda suspendida con el solo hecho de la notificación del fallo, y menos en los asuntos que dan lugar al recurso de casación, sino hasta que se ejecutoría el auto que lo concede. Pero se dice, y es el señor Procurador quien lo sostiene, que el Juez o Tribunal que dicta un fallo definitivo no puede reformarlo ni revocarlo, de acuerdo con lo que dispone el artículo 17 de la Ley 169 de 1896 (1). Tal disposición no puede tener aplicación en este caso; el Juez o Tribunal que en la situación conocida decreta una prescripción, es decir, después de proferir el fallo y antes de ejecutoriarse, no es que lo revoque o modifique, apenas declara que ha surgido un obstáculo, proveniente del transcurso del tiempo, para la realización de la justicia penal, el cual trae consigo la suspensión inmediata del procedimiento; tal declaración no es de inocencia ni de irresponsabilidad, en el sentido técnico que a esta palabra corresponde; la sentencia fue bien dictada, pero su ejecutoria y su cumplimiento quedan suspendidos y paralizados totalmente, en virtud de un mandato legal que estableció una gracia, un beneficio que por tratarse de cuestiones penales tiene que mirarse con el más amplio criterio de interpretación, en virtud del mandato constitucional. Cuando después de ejecutoriado un auto de proceder, y antes de dictarse sentencia, si se consuma la prescripción de la acción criminal y el Juez la decreta, no es que se revoque o modifique el enjuiciamiento; el auto estuvo bien dictado y surtió sus efectos hasta cuando el obstáculo legal se interpuso para impedir el curso del juicio. Es esa más o menos la misma situación que se presenta

(1) Hoy el artículo 482 del actual Código Judicial.

Págs.

cuando la prescripción se consuma después de pronunciado el fallo y antes de encontrarse ejecutoriado... Es necesario estudiar ahora qué alcance jurídico tiene para el efecto de la casación la providencia dictada por el Tribunal después de ese fallo en que se negó a hacer la declaración solicitada por la defensa. Si bien esa decisión, se repite una vez más, no se hizo en el fallo mismo, y ni se podía hacer en él porque, como ya se vio, no estaba vigente entonces la mencionada Ley 5ª de este año; sin embargo, por su alcance y objeto, viene a formar parte de esa sentencia, a modo de adición o agregación necesaria, de la cual si bien se puede mirar desprendida y separada materialmente, no sucede lo mismo en cuanto su contenido y su fondo, pues se refiere al impedimento o extinción de la acción penal que había venido ejercitándose hasta antes de ejecutoriarse el fallo, o sea la prescripción, que por ser de interés social, había podido decretarse oficiosamente por el Tribunal; esa segunda providencia está, pues, íntimamente relacionada con la primera tan importante o más que ésta, formando un solo cuerpo en la unidad del derecho. Así consideradas las cosas no hay duda que el Tribunal violó los artículos 93 y 95 del Código Penal, relacionados con el artículo 4º de la Ley 5ª del presente año, porque de acuerdo con esas disposiciones la acción criminal estaba extinguida..» (Casación, número 1877, julio 30 de 1931), XXXVIII..... 576, 1ª y 2ª y 577 1ª

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL DERECHO DE PETICIÓN DE HERENCIA. 262 Una señora murió el 24 de septiembre de 1885 dejando dos hijas naturales y una casa como único bien herencial. Una de las hijas siguió el juicio de sucesión sin que se hubiese hecho parte en él la otra, y le fue adjudicada la casa por sentencia registrada en junio de 1927. En el juicio de petición de herencia y de reivindicación de la mitad de la casa, que inició y ganó ante el Tribunal la hija natural que no había figurado en el de sucesión, alegó la demandada en casación que se había violado el artículo 1326 del Código Civil, pues estimó que estaba prescrita la acción de petición de herencia. Sobre el punto dijo así el recurrente: «En nuestro caso, habiendo fallecido la *de cujus* el 24 de septiembre de 1885, y habiéndosele deferido a Gabriela Perpetua desde entonces la herencia que durante cuarenta y tres años no movió su interés, resulta que la acción para reclamarla de quien la tuviese, o del Municipio en último caso, prescribió para ella el 24 de septiembre de 1915.»

Dice la Corte:

«No hay en los autos prueba de que la demandada Romelia Domínguez haya ocupado los bienes de la herencia de su madre Tomasa Domínguez desde el año de 1885 en que se le defirió. Si existiera dicha prueba entonces dicha posesión aprovechó no sólo a Romelia sino a Gabriela Perpetua, como coheredera. Y siendo así, aunque el término de la prescripción extintiva de la acción de petición de herencia se contara desde la delación de ella, como lo sostiene el recurrente, no se ha extinguido este derecho para Gabriela Perpetua Domínguez, porque la prescripción exige que la posesión en que ella se apoye sea exclusiva, y la posesión del heredero o comunero no tiene este carácter, salvo casos especiales que requieren una demostración completa. (Casación de 29 de agosto de 1925, *Gaceta Judicial* números 1631 y 1632. Ahora, conforme a los autos, a Romelia Domínguez se le adjudicó la herencia de Tomasa Domínguez como su heredera por sentencia registrada en junio de 1927. Por consiguiente, sólo desde entonces tiene Romelia posesión exclusiva de dicha herencia. Pero como desde aquella fecha hasta el 22 de febrero de 1928 en que se notificó a Romelia Domínguez o Escobar la demanda de Gabriela Perpetua sobre petición de herencia, no ha transcurrido el tiempo indicado en el artículo 1326 del Código Civil para que se extinga dicha acción, no puede reconocerse que el Tribunal hubiera violado en su fallo esta última disposición al no declarar cumplida la prescripción extintiva del derecho de petición de herencia alegado por Gabriela Perpetua Domínguez de Escobar.» (1). (Casación, febrero 21 de 1931), XXXVIII..... 504, 1ª

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO. 263—Cierto individuo celebró con una compañía de comercio (un Ferrocarril) un contrato consistente en que aquél se obligó a suministrarle a ésta, por determinada suma de dinero, las traviesas o durmientes que el ferrocarril necesitase. No hubo escritura pública ni documento privado en que se hiciese constar la negociación o contrato, sino que él se verificó, como lo dice el actor en el pleito contra la compañía para el pago de lo que le debía la parte demandada, *de viva voz*. Estimó el Tribunal que no existía prueba del mencionado contrato por falta de un principio de prueba por escrito que hiciese verosímil el hecho litigioso, y así absolvió a la compañía de los cargos de la demanda.

La Corte, teniendo en cuenta que en los libros de la compañía figuraba el asiento de unas partidas por dineros suministrados al actor «a buena cuenta de corte de traviesas,» estimó que tales asientos constituían el principio de pruebas por escrito de que habla la ley y expuso:

«..Es principio inconcuso que en los libros de comercio sólo se abren cuentas a las personas con quienes se tienen negocios a crédito o en

(1) Concordancia en cuanto al hecho de que la posesión del heredero o comunero no es exclusiva: números 3023, tomo 3º, «Jurisprudencia de la Corte, etc. Es jurisprudencia constante.

Págs.

cuenta corriente. Por consiguiente, toda cuenta personal abierta en los libros de un comerciante, expresa una relación jurídica entre éste y la persona a quien está abierta, y de ella ha de resultar cuál de los dos es acreedor y cuál deudor, y por qué causa. Es un hecho incuestionable que Jimeno recibió de la compañía demandada $ 300 el 31 de marzo de 1906 y $ 1,700 el 31 de mayo del mismo año, a buena cuenta del corte de traviesas y por cuenta del Ferrocarril de Antioquia.. Como esos asientos no ofrecen carácter alguno de falsedad, ni es de suponer que se hicieran tal como aparecen en los libros de la Compañía por ignorancia o por error, ya que nada de esto ni siquiera lo ha insinuado la parte demandada, hay que apreciarlos racionalmente, dándoles su significación técnica y jurídica, que no puede ser otra que la comprobación de un lazo contractual entre Jimeno y la Compañía demandada, en virtud del cual aquél contrajo con ésta la obligación de cortar o suministrar una cantidad de traviesas para el Ferrocarril de Antioquia, y la Compañía, acreedora de esa obligación, quedó obligada a pagar esas traviesas; tal es, de acuerdo con las reglas de contabilidad, la significación jurídica de los asientos aquí insertos de la cuenta corriente abierta a Jimeno en los libros de la Compañía demandada.. Todas estas razones demuestran, de modo evidente, que los precitados asientos satisfacen plenamente la segunda condición exigida por el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, para constituír un principio de prueba por escrito, que consiste en hacer verosímil el hecho litigioso de que entre el demandante y la Compañía demandada existieron relaciones contractuales para el corte o suministro de maderas para el ferrocarril de Antioquia. Por consiguiente, si, como se ha visto, los asientos de los libros de la compañía demandada, que fueron objeto del examen o inspección ocular practicada en la segunda instancia de este juicio, satisfacen plenamente las condiciones requeridas por el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, para constituír un principio de prueba por escrito, al afirmar el Tribunal que 'mal pueden estimarse como un principio de prueba los asientos de los libros examinados,' incurre en evidente error de derecho en la apreciación de esa prueba, y viola, como lo afirma el recurrente, el artículo que acaba de citarse, lo que hace casable la sentencia en la parte que es materia de este recurso..» (Casación, noviembre 6 de 1930) XXXVIII.... .... 296, 1ª y 2ª

Gaceta Judicial—14

Págs.

PRUEBA. BAJO QUÉ LEY SE RIGE. 264—Se desestimó un documento por no llevar las estampillas que exigía el artículo 35, numeral 4.° del Decreto número 894 de 1915. En el juicio ordinario que se siguió sobre el pago de la suma de dinero que rezaba el documento, casó la Corte la sentencia del Tribunal por motivos legales y para reemplazar la de instancia dijo sobre el punto de la ley que rige la de prueba, lo siguiente:

«...Observa la Corte que si bien el numeral 4º del artículo 35 del Decreto número 894 de mayo de 1915, sobre timbre, estableció (artículo 52) que ningún documento que deba estar provisto de estampillas será admitido por ninguna corporación, empleado o funcionario público, si no lleva las que le corresponden, conforme al mismo Decreto, hasta la vigencia de la Ley 20 de 1923, rigió el principio establecido en el artículo 1º de la Ley 68 de 1927 según el cual 'el documento de deber o en que conste algún contrato y al que se haya omitido adherir o anular las estampillas de timbre correspondiente, dentro del término de treinta días siguientes a su otorgamiento, no prestará *mérito ejecutivo* (subraya la Corte), salvo que se le adhirieran las que le correspondan de acuerdo con la ley, más un recargo del 1 por 100 mensual del valor principal del documento, recargo que se pagará también en estampillas.' Quiere esto decir que si el documento no tiene las estampillas que exige la ley, ni se le adhieren después, no presta mérito ejecutivo, o no se puede hacer valer por la vía ejecutiva, pero no que el documento no valga para establecer la obligación de que él trata en vía ordinaria, conforme al principio de que el valor sustantivo de la prueba se rige por la ley bajo la cual fue creada.» (Casación, diciembre 10 de 1930.) XXXVIII..... 376, 1ª

— INDICIARIA. 265—Se alegó que el Tribunal había pasado por encima de los indicios que demostraban que determinado contrato había sido simulado.

«Como observación general y sin entrar en el análisis de cada una de las pruebas que enuncia el recurrente, basta anotar que ellas fueron aducidas para probar ciertos hechos constitutivos de indicios y que en concepto del recurrente servían para demostrar la simulación del contrato. Ahora, dado que tales hechos estuvieran comprobados, la apreciación del Tribunal en cuanto a su fuerza probatoria, es soberana, y no basta para atacarla alegar que las pruebas en que se apoyan los hechos inductivos son fehacientes, sino que es preciso, además, demostrar, según doctrina constante de la Corte, que la estimación de los hechos constitutivos de los indicios padece de error evidente de

Págs.

hecho o de derecho.» (Casación, febrero 28 de 1931) (1), XXXVIII..... 547, 1ª

PRUEBAS. 266—En un juicio ordinario seguido contra la Nación sobre indemnización de perjuicios, fueron practicadas unas pruebas ante funcionarios administrativos y traídas a los autos en copias, sin intervención en la práctica de ellas del Juez de la causa.

«.... Lo que determina la mayor fuerza de convicción de un medio de prueba es el carácter de controvertido que pueda tener, de manera que su producción esté sujeta al ataque del contrario, y que la igualdad jurídica sobre el particular sea perfecta. Para realizar este objetivo, nuestro Código Judicial (2) en su artículo 545, estatuye de modo general que 'las pruebas han de practicarse ante el Juez de la causa y con citación de la parte contraria....' En el presente caso ocurre que las pruebas pedidas por el actor para demostrar la existencia y la cuantía de los perjuicios demandados y consistentes ellas en declaraciones de testigos y conceptos periciales, no aparecen practicadas ante el Juez de la causa, esto es, ante esta Sala de la Corte, que si bien las decretó con citación de la parte contraria, lo hizo en la forma en que fueron pedidas, es decir, como copias de actuaciones administrativas realizadas ante funcionarios no judiciales, lo que demuestra que las tales pruebas no han sido practicadas por quien tenía jurisdicción para hacerlo, de acuerdo con la disposición del artículo 545 del Código Judicial.» (Sentencia, Sala de Negocios Generales, septiembre 25 de 1930), XXXVIII..... 397, 1ª

— EN LA APELACIÓN DE UN AUTO INTERLOCUTORIO. 267—El ejecutado en un juicio ejecutivo apeló del auto que libró ejecución y presentó unas pruebas como fundamento para pedir la reposición del auto apelado.

«Es sabido que en la apelación de un auto interlocutorio, como es el que se revisa, no hay campo ni oportunidad para examinar las pruebas que las partes alleguen durante el curso de la apelación.» (Auto, Sala de Negocios Generales, XXXVIII, octubre 22 de 1930), XXXVIII (3)..... 417, 2ª

PRUEBA PERICIAL. 268—En un juicio de rescisión por lesión enorme se alegó en el recurso de casación el quebrantamiento del artículo 668 del Código Judicial (4) por no haberse notificado el auto que ordenó poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial. «Como

(1) Concordancia: Números 1928 y 1929, Tomo 1º. «Jurisprudencia de la Corte», 1226, Tomo 2º, 2001, 2002, 2004, 2005, 2007, 2010 2011, 2012, 2013, Tomo 3º

(2) Código Judicial antiguo.

(3) De conformidad con el artículo 505 del actual Código Judicial puede concederse término probatorio, a petición de parte, «cuando a su pronunciamiento por el inferior precedió un término de esa clase,» en los casos que ese artículo señala.

(4) Artículo 719 del actual Código Judicial.

Págs.

sin el cumplimiento de dicha formalidad, dice el recurrente, no puede la prueba pericial tenerse como tál, pues que sin ella no puede considerarse como depurada de los defectos de que pueda adolecer, síguese que al peritazgo de primera instancia, a que se ha hecho referencia, como que lo afecta dicha irregularidad, no podía el Tribunal reconocerle valor probatorio alguno, y al hacerlo, como lo hizo, reconociéndolo como plena prueba, incurrió en error de derecho que hace casable la sentencia.»

«Considera la Corte que, en efecto, la prueba pericial de que se trata quedó incompleta, desde luégo que no se notificó a las partes el auto por el cual se ordenó poner en su conocimiento la exposición de los peritos. ....Prospera, pues, en esa parte la acusación del recurrente, en virtud del error de derecho que alega, y habrá de casarse en dicho punto la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la primera, en todas sus partes.» (Casación, febrero 25 de 1931), XXXVIII (2)..... 458, 2ª y 459, 1ª

R

REBAJA DE PENA. 269—Cierto individuo fue condenado como autor de un asesinato a la pena de veinte años de presidio. En el recurso de casación hizo valer el recurrente la primera causal reconocida por la Ley 78 de 1923 y alegó que habiendo dicho la sentencia del Tribunal, en su parte resolutiva, que la pena de veinte años, impuesta por el asesinato, era fija y sin rebaja alguna, fue tanto como impedir que favoreciese al acusado cualquier rebaja que después decretase el Congreso, el cual tenía y tiene facultad para derogar el artículo 3.º de la Ley 54 de 1913, y que esa sentencia, al quedar ejecutoriada, no se puede reformar y funda la autoridad de cosa juzgada.

Dice la Corte:

«Los temores que manifiesta el recurrente de verse privado, en virtud de tal declaración, de las posibles rebajas futuras, como lo anota el señor Procurador, son totalmente infundados. En materia penal la fuerza de la cosa juzgada no es tan severa como en materia civil; su valor es relativo, en el sentido de que puede venir una revisión del proceso, o puede una ley venir a disminuír la pena para determinados delitos o aun quitarles el carácter de tales, ley que tendría efecto retroactivo, y beneficiaría aun a los condenados anteriormente en virtud de sentencias ejecutoriadas, principio consagrado en el artículo 26 de la Constitución, cuando dice:

'En materia criminal la ley permisiva o favorable, cuando sea posterior,

(2) Concordancias: números 1307, 2058, 3236, Tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.'

De suerte que, a pesar de cualquier declaración que en sentido contrario contenga una sentencia, por más ejecutoriada que esté, la Constitución y la misma ley se encargan de hacer prevalecer en todo caso el estado más favorable para los acusados y condenados. No quiere decir lo anterior que el Tribunal hubiera procedido incorrectamente al hacer la declaración de que se viene hablando, pues esa entidad no hizo sino repetir lo que prescribía el mencionado artículo 3º de la Ley 54 de 1913.» (Casación, febrero 21 de 1931), XXXVIII..... .. 469, 1ª y 2ª

RECONOCIMIENTO EXPRESO DE UNA SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO. 270—Pidió el actor en un juicio ordinario que se declarase extinguida una servidumbre de tránsito que antiguamente confesó que gravaba su predio. Absuelto el demandado así en primera como en segunda instancia, recurrió en casación el actor contra la sentencia del Tribunal acusándola de violación del artículo 939 del Código Civil que dispone que las servidumbres discontinuas, como la de tránsito, sólo pueden adquirirse por medio de un título y que ni aun el goce inmemorial bastará para constituírlas.

« ... El recurrente sostiene que la existencia de las servidumbres discontinuas no se puede demostrar en juicio sino con un título inscrito como un testamento o una escritura pública en que expresamente se diga que se constituye la servidumbre; pero es el caso que el artículo 940 del Código Civil dice que el título constitutivo de servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente. Esto es lo que ha sostenido el Tribunal cuando en su sentencia dijo:

'Lo que debe resolverse, por consiguiente, como cuestión controvertida, no es el origen de la servidumbre, o si el predio del señor Fernández estuvo algún tiempo sujeto al gravamen de tránsito a favor del de los actuales demandados, porque aparte de que en el juicio existe la prueba de la constitución de la servidumbre y así lo reconoce el actor en su libelo, la solicitud para que se declare su extinción por renunciamiento y no haberse gozado en veinte años, es la prueba más concluyente de la constitución del gravamen antes del año de 1892.'

Para el Tribunal, pues, al decir el demandante en la parte petitoria de su libelo que establece demanda para que 'se declare extinguida la servidumbre que gravaba a mi predio rural situado en el Distrito de San Pedro... predio que compré al señor Vicente Jaramillo y es conocido por los siguientes linderos....'; y al expresar en el hecho primero de la demanda 'que el señor Fidel Rojas renunció la servidumbre que estuvo constituída sobre mi nombrado predio,' ha confesado que hasta la fecha del renunciamiento, esto es, hasta el 23 de noviembre de 1892, existía la servidumbre; y que el problema se reduce a decidir si evidentemente hubo extinción de la servidumbre por renuncia del dueño del predio dominante. No se puede revocar a duda que las manifestaciones del actor son confesiones o reconocimientos expresos de la servidumbre a que se refiere la litis hasta 1892, reconocimientos que, según la ley, suplen el título. A este respecto ha dicho la Corte:

'La confesión sobre existencia de una servidumbre de tránsito, puede tomarse como un reconocimiento expreso de la existencia del gravamen. Esta confesión no es el título de la servidumbre, pero en derecho lo suple: no prueba el título, pero permite suplirlo ora por reconocimiento expreso, ora por destinación anterior.' (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo III, página 859, número 3747). (1) No existe, por lo que se ha dicho hasta aquí, error de derecho del Tribunal al dar por probada la existencia de la servidumbre de que se trata hasta 1892, ni, por consiguiente, hay violación de la ley sustantiva, a consecuencia de ese error.» (2) (3) (Casación, febrero 18 de 1931), XXXVIII..... ..... 449, 1ª y 2ª

RECURSO DE HECHO. 271—Se interpuso recurso de hecho contra el auto de un Tribunal que negó el recurso de casación.

«Ordena el artículo 899 del Código Judicial (4), entre otros requisitos indispensables para que el recurso sea admisible, que venga aparejado de los documentos que allí se expresan, uno de los cuales es la copia debidamente autorizada de la diligencia de notificación del fallo materia del recurso; requisito que sirve para determinar de manera auténtica la segunda de las condiciones que exige el artículo 905 (5) del mismo Código, a saber: si el fallo fue recurrido en tiempo. Y mayor necesidad tiene aquel documento en el presente caso, porque las cuestiones planteadas por el Tribunal en su auto de negación del recurso de casación y por el recu

(1) Artículos 760 y 940 del Código Civil.

(2) Conforme a otra doctrina de la Corte, para que el reconocimiento de una servidumbre pueda suplir el título constitutivo, se requiere que «el ser prestado por el propio dueño» Número 3761, Tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(3) En derecho francés la servidumbre de tránsito puede adquirirse por prescripción, conforme a los artículos 682 del Código Civil y 23, 24 y 25 del de Procedimiento Civil. Tal es también la doctrina de la Corte de Casación de ese país, según puede verse en la obra titulada «Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile», por Henry Capitant, página 161 y siguientes.

(4) Artículo 513 del Código Judicial vigente hoy.

(5) Artículo 516 del Código Judicial actual.

Págs.

rrente, versan sobre el punto de hecho de si la prórroga del término solicitada por este último debió pedirse o no dentro del mismo plazo de quince días que tenían las partes para interponer el recurso de casación.» (Auto, diciembre 13 de 1930), XXXVIII (1)..... 381, 1ª

RECURSO DE HECHO. 272—Un magistrado de un Tribunal decretó el embargo y secuestro preventivos de unos bienes por petición del Fiscal del Tribunal; apelado el auto se concedió la apelación ante la Sala Dual; pedida reposición de este último auto para que se concediese la apelación ante la Corte, fue negada y se concedió, también para ante la Sala Dual, la apelación subsidiariamente intentada. Se ocurrió entonces de hecho.

«De conformidad con el artículo 905 del Código Judicial (2), lo primero que debe examinarse, tratándose de la admisión de un recurso de hecho, es si la providencia sobre que éste versa es apelable. Esta cuestión envuelve necesariamente la de si la indicada providencia es apelable ante la entidad ante quien se ejercita el recurso de hecho, pues en caso de no ser ésta competente para conocer la dicha apelación, es indudable que no podrá otorgar el recurso de hecho. Establece el artículo 8º de la Ley 169 de 1896, que todas las decisiones de los Tribunales Superiores contra las cuales haya lugar a recurso de casación o de apelación para ante la Corte Suprema, deberán ser proferidas en Sala Plural. Con arreglo a este texto, la Corte no puede revisar, en grado de apelación, la providencia sobre que versa el recurso de hecho.....» (Auto, Sala de Negocios Generales, octubre 6 de 1930), XXXVIII. ..... 405, 2ª y 406, 1ª

REDENCIÓN DE EXCESOS DE MINAS. 273—José David Delgado obtuvo título de propiedad de la mina denominada *Pureto*, y como Fulgencio Benítez y Roso López denunciasen el exceso que resultara por el cálculo para pagar el impuesto de dicha mina, se opuso a la posesión que iba a darse a éstos por los excesos, por lo cual le consideró el Juez como actor, y en consecuencia, demandó a Benítez y a López para que se declarase que tenía mejor derecho que éstos a todas las pertenencias de la mina, y que debía ser amparado en su derecho. Fallado el pleito en consonancia con las pretensiones de la demanda, reformó el Tribunal la sentencia que apelaron los demandados, y les absolvió de los cargos de aquélla, por lo cual recurrió ante la Corte el actor, donde alegó que «al desestimar el Tribunal los documentos (unos recibos sobre pago de impuesto de minas), a que vengo refiriéndome, desconoció consecuencialmente el mejor derecho que el señor Delgado tiene a los excesos de la mina, en frente a los denunciantes de ellos, y por virtud del artículo 27 de la Ley 292 de 1875, y violó esa disposición legal, pues no

(1) Concordancia: número 4620, «Jurisprudencia de los Tribunales» Tomo 2.º

(2) Artículo 516 de la Ley 105 de 1931.

Págs.

le dió aplicación, siendo el caso de dársela.....» Sostuvo en efecto el Tribunal de Cali que la ley no reconoce la redención de excesos de minas.

Dijo la Corte:

«Asevera el sentenciador que no hay redención de excesos, de conformidad con la Ley minera, pero sin entrar a estudiar el punto, basta para resolver el litigio, recordar que el artículo 27 de la Ley 292 de 1875 (1), permite al dueño de una mina a quien se le ha entregado mayor extensión de la legal, conservar derecho al exceso, pagando el impuesto correspondiente, siempre que otro no lo haya denunciado con anterioridad al pago, y que él esté comprendido dentro de los linderos por los cuales fue adjudicada la mina, y en este pleito no se ha demostrado que esos excesos fueran denunciados con anterioridad al pago del año de mil ochocientos noventa y nueve.» (Casación, XXXVIII, número 1877, marzo 10 de 1931)..... 561, 1ª y 2ª

REGISTRO. 274—En un juicio de reivindicación de un lote de terreno comprobó el actor, por medio de los correspondientes títulos, el dominio de él; pero el Tribunal dijo que si efectivamente aparecía que el actor era dueño,» con esto sólo no está acreditado el dominio completamente, titular o abstracto de las sucesiones demandantes, respecto del lote número cinco, porque no se trajo el certificado del Registrador que haga ver si el registro de la adquisición de Sierra se conserva actualmente, por no haber sido cancelado. Acusó el recurrente la sentencia como violatoria del artículo 765 del Código Civil.

«La Corte halla fundada esta exigencia (la del certificado del Registrador), por ejemplo, en los casos de que tratan los artículos 109 y 196 de la Ley 105 de 1890, en que el Juez debe fallar de plano, y sólo en vista del título que se le presente, que ha de llenar las especiales exigencias que para ello ha establecido la ley; pero no puede decir lo mismo en casos como éste, en que la ley no exige tales requisitos en un fallo que pone fin a un debate en que las partes han gozado de toda amplitud para alegar y probar todos los hechos que hallan adecuados para fundar sus derechos, o para desvirtuar las pretensiones de su adversario; la escritura número 694, de que arriba se ha hecho mérito, cuya segunda copia debidamente registrada fue presentada con la demanda para acreditar la propiedad que la sociedad conyugal formada por José María Sierra y Zoraida Cadavid, adquirió el lote número cinco a que se refiere la sentencia del Tribunal en el paso que se deja transcrito, prueba plenamente el dominio de las sucesiones demandantes respecto del

(1) Ley del Estado Soberano de Antioquia.

Págs.

lote, sin necesidad del certificado que echa menos el Tribunal, ya que la parte demandada no ha demostrado que ese dominio no radica hoy en cabeza de la parte demandante. Al no reconocerlo así el sentenciador viola las disposiciones sustantivas que el recurrente hace valer.....» (Casación, diciembre 1.° de 1930), XXXVIII.. 334, 1ª

REGISTRO. 275—No hay por qué exigir certificado del Registrador «para saber si la tradición de la cosa se hizo de modo regular» porque se halla legalmente revestida de fe pública la nota de inscripción puesta en aquellos instrumentos, y le toca probar contra ella a quien sostenga que hubo irregularidades en la tradición. (Casación, noviembre 25 de 1930), XXXVIII.. 327, 2ª

— 276—Una señora vendió los derechos que le correspondieran por gananciales en la sucesión de su difunto esposo; el comprador registró la escritura en los libros 1.° y 2.°, pero no en el de causas mortuorias, por lo cual se estimó violado el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, pues se agregó que estaba ya iniciado el juicio de sucesión del causante.

«...Por lo que respecta a la venta de gananciales que pudieran corresponderle a la señora de Martínez en la sociedad conyugal, no es el caso de registro en el libro de causas mortuorias, porque el título no tiene su origen en un juicio de sucesión, sino en una sociedad conyugal. Esta Corte ha dicho: 'La escritura de cesión de bienes hereditarios queda registrada válidamente en el libro segundo; no es preciso inscribirla en el libro de causas mortuorias. En éste se inscriben todos los títulos que tienen su origen en el juicio de sucesión, pero no todos los que de alguna manera se relacionan con la sucesión de una persona.' Casación de 10 de ocubre de 1923, tomo XXX, página 352.» (1).

(Casación, noviembre 25 de 1930) XXXVIII..... 305, 1ª

— DEL EXTRACTO DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA. 277—Contra la sentencia de un Tribunal en que, confirmando la del Juez, se negó a reconocer la existencia legal de un crédito reclamado por medio de una tercería coadyuvante por no haberse registrado en el Juzgado de Circuito el extracto del acta auténtica en que constaba el reemplazo por otros de los suplentes del Gerente, por lo cual no aparecía el carácter representativo que uno de tales suplentes tuviera de la sociedad para poder obligarla en el contrato en que reconoció la deuda que se cobraba en tercería, recurrió en casación el tercerista por errónea interpretación que atribuía al Tribunal del artículo 3.° de la Ley 42 de 1898. Aunque la Corte casó la sentencia por motivos distintos al alegado como causal de casación, sin admitir éste, sentó esta doctrina:

Págs.

«La ley no ha limitado los efectos del registro del nombre del Gerente de la sociedad anónima al conocimiento de él como personero de la entidad en juicio; por lo tanto ese requisito es esencial para que quede revestido del poder suficiente, así en la celebración de actos y contratos que interesen a la entidad y no requieran además el lleno de otras formalidades, como en las controversias judiciales en que la compañía haya de intervenir. Como el acta correspondiente no se llevó al registro en el Juzgado sino el veinticinco de enero de mil novecientos veintitrés, se concluye, conforme a lo hasta aquí expuesto, que el diez y ocho de febrero de mil novecientos veintidós, fecha en que Restrepo firmó la escritura número 271, reconociendo créditos a favor del señor Eliseo Barreneche y otros a cargo de la Fábrica Nacional de Vidrios, no tenía personería para comprometer en forma alguna a la sociedad en cuyo nombre obraba.» (Casación, junio 27 de 1930) ..... 43, 1ª y 2ª

REGISTRO DE LA PARTICIÓN EN UN JUICIO DE SUCESIÓN. 278—El recurrente contra una sentencia de Tribunal que rechazó los cargos de la demanda de un denunciante de una mina que intentó el juicio ordinario correspondiente para pedir que se le declarase dueño de ella, atacó la sentencia por error de derecho en cuanto admitió que tanto la hijuela de adjudicación a favor de B. S., como la que en la sucesión de éste se le formó a la señora S. de C., probaban la propiedad con el solo registro de la respectiva sentencia aprobatoria de la partición, siendo así, dijo, que también está sujeta a la formalidad del registro la partición misma en los respectivos bienes adjudicados a cada interesado y todas y cada una de sus partes, desde que es en el acto de partición donde se individualizan los linderos y donde se expresan las modificaciones que afectan el inmueble o inmuebles materia de la partición.

«Es cierto que los actos legales de partición que causen mutación de la propiedad de bienes raíces, están sujetos al registro, el cual debe verificarse en la forma que determina el artículo 2652 del Código Civil, incluyendo como parte integrante de ellos la sentencia que los aprueba, de suerte que de esta manera quedan cumplidas las disposiciones del Código Civil que ordenan la inscripción tanto de la partición misma como de su aprobación judicial. Y el libro en que deba hacerse tal inscripción es el de registro de causas mortuorias de la oficina del lugar en que se surtió el juicio respectivo, porque tales documentos tienen su origen en causas de este género. No hay necesidad en este caso de que las hijuelas respectivas sean registradas también.

(1) Concordancia: número 3340, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.» Concuerda también la «Jurisprudencia del Tribunal de Ibagué,» como puede verse en la obra titulada «Doctrinas Legales del Tribunal de Ibagué,» extractadas por el doctor Antonio Rocha, número 409.

Págs.

Empero, cuando los inmuebles partidos se hallan situados en distintos Circuitos, la inscripción de aquéllas se requiere en cada uno de ellos. Ahora bien, la hijuela de Ana Rita Sánchez de C. según aparece del certificado del Registrador de instrumentos públicos del Circuito de Santa Rosa, fue inscrita en el libro de causas mortuorias con fecha 5 de enero de 1922. El cargo no prospera respecto de este documento» (1). (Casación, diciembre 13 de 1930). XXXVIII.. 383, 1ª

REGISTRO DE LAS ESCRITURAS DE VENTA SOBRE DERECHOS HEREDITARIOS. 279—Se alegó en casación que habían sido registrados en el libro 1.° unos instrumentos de venta de derechos hereditarios, en vez de haberse registrado en el libro 2.° como lo dispone el artículo 2641 del Código Civil, una vez que no se trata de títulos que transmitan, limiten o graven el dominio sobre inmuebles, que son los que se anotan en el libro 1.°

«Considera la Corte que el libro en que deben registrarse las ventas de derechos hereditarios ha sido materia de dudas entre los Registradores en las distintas regiones del país, y así en unas partes la anotación se verifica en el libro de causas mortuorias, y en otras, en el libro número 2º, lo que ha dependido de la falta de claridad de la ley en ese punto. La Corte, en informe presentado al Congreso de 1923, expresó así este concepto: 'Ha dado ocasión a dudas en recientes fallos de la Corte, en qué libros deben registrarse las enajenaciones de derechos hereditarios, en vista de los términos oscuros del artículos 38 de la Ley 57 de 1887, por lo cual en varios Circuitos de Registro se han inscrito esos títulos en el Libro número 2º y en otros, en el libro de registro de causas mortuorias La Corte en su jurisprudencia ha considerado que, siendo dudoso el punto para los Registradores, no se puede desconocer el valor de los títulos registrados en uno o en otro libro. Sería, pues, conveniente que se precisara por medio de una ley en qué libro deben ser registradas las enajenaciones futuras de derechos hereditarios, hechas antes o después de iniciado el respectivo juicio de sucesión, y reconociendo valor jurídico a los registros inscritos en el libro número 2º o en el de causas mortuorias.' Como en este libro va quedando la historia de la propiedad por el título de la sucesión hereditaria, sería acertado ordenar que las enajenaciones de derechos hereditarios se registren en el libro de causas mortuorias, al cual podría cambiársele con ventaja el título, por el de *registro de sucesiones*.' Ahora se trata de una inscripción verificada en el libro número 1º, hecha por el Registrador de Vélez, sobre la base de que recayendo los derechos hereditarios vendidos sobre un acervo hereditario, cuyo componente principal era una propiedad raíz, se estaba en el caso de la mutación de dominio de ella. No incurrió pues el Tribunal en los errores de hecho y de derecho que se le imputan, ni en consecuencia, en la violación de los artículos del Código Civil que ha señalado el recurrente.» (1) (Casación, febrero 18 de 1931).... 444, 2ª y 445, 1ª

REINCIDENCIA. 280—Cómo se computa. El Código Penal reputa reincidente al procesado que resulta responsable de uno o más delitos merecedores de presidio o reclusión, después de haber sido condenado a una de dichas penas por sentencia ejecutoriada en los diez años anteriores a la última infracción (artículos 140 y 141). Y así, el primer día del término que fija la ley para el cómputo de la reincidencia, es el de la fecha de la sentencia ejecutoriada que hizo la condenación anterior, y no la del día en que se cometió el primer delito, como lo afirma el recurrente. Y no es el caso de interpretar lo que la ley penal tiene dispuesto con toda claridad en los aludidos artículos.» (2). (Casación, julio 21 de 1930), XXXVIII..... 72, 1ª

— EN DELITOS DE HURTO DE GANADO MAYOR. 281—Dos individuos fueron condenados, el uno a la pena de quince años de presidio, y el otro a la de ocho años por hurto de ganado mayor, con aplicación del artículo 142 del Código Penal, como reincidentes, pero no del artículo 2.° de la Ley 105 de 1922. Por esta causa, y dado que el delito se cometió después de estar en vigor la última Ley mencionada, se recurrió en casación por los reos contra la sentencia del Tribunal.

La Corte, después de afirmar que los recurrentes debían ser considerados como reincidentes; dijo:

«Sobre esta base, y teniendo en cuenta que el delito que se juzga en el presente proceso se cometió en el mes de mayo de mil novecientos veintiséis, y que el sistema del Código Penal en lo que respecta a las sanciones aplicables a la reincidencia fue reformado por la Ley 105 de 1922 en lo relativo a los delitos contra la propiedad, resulta justificada la primera causal de casación, en cuanto el Tribunal Superior no dio aplicación a dicha Ley 105. Efectivamente, en la sentencia recurrida se dice: 'Estas reincidencias deben sancionarse con

(1) Concordancia: número 3364, tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(1) Véase el libro del doctor Antonio Rocha, titulado «Doctrinas Legales del Tribunal Superior de Ibagué,» número 408.

(2) Concordancia: número 4669 de la «Jurisprudencia de los Tribunales,» tomo 2º

Págs.

los aumentos de pena indicados en el artículo siguiente, 142 (del Código Penal), porque, aun cuando la Ley 105 de 1922 reformó la materia y sustituyó las penas impuestas en el Código, en su artículo 9.º se dispone expresamente que no es aplicable dicha Ley sino a los delitos cometidos antes (sic) de su vigencia, lo que quiere decir que las reincidencias por delitos anteriores al veintitrés de febrero de mil novecientos veintitrés, fecha de su promulgación, deben regirse por las reglas del Código Penal.' Sin lugar a duda, este párrafo contiene una errónea interpretación del artículo 9º; que allí se cita, y que dispone lo siguiente: 'No dará lugar a la reincidencia, para la aplicación de esta Ley, sino el delito cometido con posterioridad a la vigencia de ésta.' Y desde luégo que el hurto materia del presente juicio fue consumado con posterioridad a la vigencia de la Ley de que se trata, o sea, en mayo de mil novecientos veintiséis, y que este delito es el que determina la existencia de la tercera reincidencia respecto de Alvarez, y la primera con relación a Salcedo, clara es la conclusión de que el Tribunal debió aplicar al caso de autos el artículo 2º de la Ley 105 de 1922, y no el 142 y sus concordantes del Código Penal, para hacer el cómputo del aumento que a la reincidencia corresponde.» (Casación, febrero 21 de 1931)..... 463, 2ª

REIVINDICACIÓN. 282—Véase la doctrina expuesta en el punto titulado: *Acción reivindicatoria*, número 6.

— 283—El dueño de un derecho o cuota en una finca raíz no puede reivindicar parte de esa finca como cuerpo cierto para sí mismo, sino para la comunidad.

Julio Barriga Páez, adquirente de un derecho o cuota de dominio en una finca determinada por hijuela que se le formó en el juicio de sucesión de sus padres, demandó ante el Juez 1.º del Circuito de Zipaquirá a Ramón Matiz para que le entregase una parte de la finca en que se le adjudicó un derecho, mas no la finca, ni siquiera parte determinada de ella. El Juez absolvió al demandado de los cargos de la demanda y lo mismo el Tribunal. La Corte, rechazando los cargos de violación de los artículos 949, 950 y 951 del Código Civil, que hizo el recurrente en demanda de casación, reproduce los siguientes puntos de la sentencia del Tribunal:

«Es verdad que el señor Julio Barriga, padre del demandante, compró a José Celestino Lara esta finca por los límites que señala el título que figura en el expediente; pero no se ha demostrado que ella hubiera pasado en su totalidad a poder de Barriga Páez, pues que la hijuela que se trajo como título de éste para fundamentar la acción, sólo indica que a él se le adjudicó en la sucesión de aquél, y de su madre Antonia Páez, una cuota de la expresada finca. Y si esto es así, como lo es, la propiedad del mentado predio como cosa singular, no reside en la cabeza del demandante sino que pertenece a la comunidad formada por él y los otros copartícipes que existan. En esta virtud, y en caso de haberse determinado el predio que realmente se quiere reivindicar, la petición no ha debido hacerse para Barriga Páez sino para la comunidad expresada, cosa indispensable, porque, en tal caso, al hacerse en la sentencia la declaración de dominio, no podría dictarse a favor de uno solo de los comuneros en su nombre particular.» (1) (2) (Casación, julio 8 de 1930)..... 48, 1ª

REIVINDICACIÓN. 284—Saturnino Delgado vendió a Esteban de Vargas la finca llamada *El Campano*, parte de la de *Juan Pata;* dos meses después vendió la llamada *El Desengaño*, parte de *Juan Pata*, a Vicente Arteaga Negrete, y dos años después de la primera venta aclaró en una escritura que lo vendido por la primera venta y lo que entendía vender realmente era el total de los gananciales que le corresponden en la sucesión de su esposa. Seguido el juicio de ésta se adjudicaron al comprador de Vargas cuatro sextas partes de la finca de *Juan Pata* y él mismo remató una sexta parte que había sido adjudicada a unos menores; la otra sexta la había adquirido su esposa. Dueño de las cinco sextas partes de la finca y en representación de su esposa, demandó en reivindicación a Vicente Arteaga Negrete para que le entregara el predio de *El Desengaño*, como parte integrante de la finca de *Juan Pata*. Contra la sentencia del Tribunal, que revoca la de primera instancia, recurrió en casación el actor por habérsele negado el derecho a reivindicar.

«La Corte considera que, como se ha visto, el Tribunal razonó en la primera parte de su sentencia sobre la base de que la finca de *Juan Pata* pertenecía a la sociedad conyugal Delgado-Espitia, y con respecto a ese fundamento negó el derecho de dominio invocado por el demandante para reivindicar de Arteaga Negrete la finca de *El Desengaño*, que es una porción de *Juan Pata*, haciendo hincapié en que habiendo obtenido el señor Esteban de Vargas la adjudicación de partes indeterminadas en el globo de tierras de *Juan Pata*, no puede *motu proprio*, afirmar que esas partes se

(1) Ni podía prosperar la reivindicación intentada en caso semejante en que el actor ni siquiera pudo determinar la finca o cosa que se reivindicaba, pues de conformidad con el artículo 946 del Código Civil, es requisito «sine quo non,» para la reivindicación el que la cosa que se reivindica sea «determinada.» (Nota del Relator).

(2) «Jurisprudencia de la Corte,» número 3433, tomo 3.º, entre muchos otros. Concuerda con la parte primeramente expuesta en esta doctrina la jurisprudencia extranjera:

«Para rechazar una demanda de reivindicación se consideró principalmente: que no obstante de que las partes estaban de acuerdo en que los terrenos reivindicados formaban parte de una herencia indivisa en que ambos contendores eran interesados, el demandante no probó el dominio exclusivo alegado por él.» (10090. *Diccionario de Jurisprudencia de las Cortes de Justicia de la República de Chile.*

Págs.

radicaron en la porción de *Juan Pata* que él había comprado a Saturnino Delgado, y que lo adjudicado a los herederos correspondió a la otra porción alinderada de *Juan Pata*, denominada *El Desengaño*, vendida por Delgado a Arteaga Negrete. Y en esto tiene razón sobrada el Tribunal, porque si a Esteban de Vargas, como cesionario de los gananciales de Saturnino Delgado, se le hubiera adjudicado por ese concepto la porción determinada de *Juan Pata*, denominada *El Campano*, que él le compró a Saturnino Delgado, era claro que la otra porción, o sea *El Desengaño*, vendida por Delgado a Arteaga Negrete, habría correspondido a los herededos del cónyuge muerto, Espíritu Santo Espitia, y entonces sí tendría cabida la última parte del artículo 1401 del Código Civil, y se estaría en el caso de venta de cosa ajena; pero si a la inversa, a Esteban de Vargas se le hubiera adjudicado en la partición de la sociedad conyugal Delgado-Espitia, a título de gananciales del cónyuge Saturnino Delgado, la finca de *El Desengaño*, que el cónyuge vendedor había vendido con anterioridad a Vicente Arteaga Negrete, es patente también que de Vargas no había podido reivindicar de Arteaga Negrete esa finca, porque de los gananciales vendidos al primero había tenido que excluírse la finca de *El Desengaño*, vendida a Arteaga Negrete, cuya escritura fue registrada con anterioridad a la venta de los gananciales y a las diligencias de partición, por cuanto Saturnino Delgado, que estaba sujeto a confirmar el título de Arteaga Negrete, conforme al artículo 752 del Código Civil, si en la liquidación de la sociedad conyugal le correspondía el cuerpo cierto vendido por él a dicho Arteaga Negrete, no podía eludir esa consecuencia legal, por el hecho de traspasar a tercera persona sus derechos de gananciales en la sociedad conyugal, y el adquirente no podía obtener más derechos que los que tenía su tradente sobre la cosa vendida, porque según el artículo 752 dicho del Código Civil, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Ahora bien: habiendo sido indeterminada la adjudicación hecha a de Vargas en una parte del potrero de *Juan Pata*, puesto que por concepto de gananciales se le asignaron tres sextas partes de esa finca, no puede invocar ese título contra Artega Negrete, aunque haya adquirido después todos los derechos sobre el terreno por compras hechas a los demás adjudicatarios de *Juan Pata*, porque no se sabe si las otras tres sextas partes se radicaron en la finca de *El Desengaño*, o si fueron las primeras las que se refirieron a dicha finca, y en este caso, como se ha dicho, prevalecería el derecho de Vicente Arteaga Negrete sobre el derecho posterior adquirido por Esteban de Vargas, sin que pueda decirse que la venta de los gananciales hecha en 1924 pueda ser una aclaración que obliga a Arteaga Negrete, cuya compra del cuerpo cierto *El Desengaño* se verificó en 1922.» (Casación, septiembre 29 de 1930), XXXVIII ..... 130, y 131, 2ª y 1ª

Págs.

REIVINDICACIÓN BASADA EN UNA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN TÍTULO DEL DEMANDADO. 285—Camilo Alvarez otorgó testamento verbal, con el cual se siguió su juicio de sucesión; en la partición de él se le adjudicaron a Alejandro Alvarez, como heredero, los dos lotes de tierra que reivindicó Efraím Rendón; Alejandro vendió uno de esos lotes a Misael Restrepo; éste a Carlos Restrepo y C.ª; éste a Misael; éste a Antonio Alvarez, y éste al demandado Juan C. Medina; el otro lote lo vendió directamente a éste. La tradición legal del primer lote se verificó para Medina en 1914 y la del segundo en 1904. Los herederos *ab intestato* de Camilo Alvarez pidieron la nulidad del testamento y de la partición contra los testamentarios, entre los cuales figuraba Alejandro Alvarez. Después de la notificación de la demanda a éste, enajenó los lotes. Con apoyo en la sentencia que declaró la nulidad pedida se promovió el juicio mortuorio de Camilo, donde se le adjudicaron a Efraím Rendón, el reivindicador, un lote y una parte del otro, y la otra parte la adquirió por compra, quedando dueño absoluto de los dos lotes. Estimó el Tribunal que la posesión del demandado era regular por proceder de justo título y buena fe con fundamento en el inciso 2.º, numeral 4.º, del artículo 766 del Código Civil, que considera como justo título el decreto judicial que da la posesión efectiva de los bienes hereditarios al heredero putativo, sin reparar que el título no sólo de heredero putativo, sino de posesión efectiva de los bienes, había sido anulado por la sentencia del Tribunal de Medellín. Se recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal por el actor.

«Para la Corte, prospera la acusación. Cierto que el decreto judicial que da la posesión efectiva de los bienes hereditarios se considera como justo título, con el cual el heredero putativo puede prescribir en diez años; pero para que ello se efectúe, es indispensable que ese título exista jurídicamente, es decir, que él tenga fuerza a los ojos de la ley en el momento en que se haga valer, y esa condición no se llena al presente, porque cuando se hizo valer, ya había perdido su carácter de título, por haber sido anulado por sentencia judicial, y no sólo ese decreto de posesión efectiva de los bienes hereditarios, sino que el mismo carácter del señor Alejandro Alvarez, de heredero testamentario de don Camilo, había desaparecido por la nulidad del testamento. El caso contemplado en el artículo 766, numeral 4º, última parte, acaece cuando el

Págs.

decreto de posesión subsiste jurídicamente, pues entonces viene la comparación de títulos, y se produce el fenómeno de la prescripción si desde la fecha del título del heredero putativo hasta el momento de la notificación de la demanda, han transcurrido diez años. Hay dos títulos, ambos válidos opuestos el uno al otro, el del heredero putativo, decreto de posesión efectiva, y el del reivindicador. En el caso de la litis, uno de esos títulos ha dejado de tener vida jurídica, desde la sentencia de nulidad de la partición del as hereditario de don Camilo; no hay título, y no habiéndolo, falta un requisito esencial para la prescripción ordinaria.... No es el caso de entrar a estudiar si la disposición del artículo 1748 del Código Civil está limitada respecto de los terceros, que hayan adquirido la cosa por prescripción ordinaria de diez años, cuando ese tracto se hubiera corrido entre la fecha del título putativo y la fecha de la sentencia de nulidad, ya que la demanda de nulidad se estableció en febrero de mil novecientos cuatro, y la sentencia aprobatoria se dictó el diez y siete de febrero de mil novecientos tres, y se registró el trece de marzo del mismo año.» (Casación, octubre 8 de 1930 (1), XXXVIII ..... 140, 1ª y 2ª

REIVINDICACIÓN DE UN BIEN PERTENECIENTE A UNA SOCIEDAD CONYUGAL ILÍQUIDA. 286—Tiberio Sánchez casó con la señora Elisa Byrne el 15 de marzo de 1866; compró un lote de terreno el 8 de enero de 1890, y murió el 5 de marzo de 1903. Después de haberse extendido la escritura pública número 404 de 21 de octubre de 1904, por la cual la cónyuge sobreviviente y los herederos de Sánchez consignaban las cláusulas del arreglo amigable que celebraron para evitar diferencias entre los otorgantes, Abel Domínguez, en representación de su mujer, demandó por medio de apoderado a Evaristo Mendoza, Antonio J. Latorre y Mateo Vally, para que se declarase perteneciente a la sucesión de Sánchez el lote de terreno que éste había comprado dentro de la sociedad conyugal con la Byrne, y para que se les condenase a restituirlo a favor de la sucesión de aquél. Falló el Juez el pleito de acuerdo con lo pedido, y el Tribunal confirmó la sentencia. Recurrieron en casación los demandados Naranjo y Latorre, contra quienes se pronunció la sentencia, alegando violación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, por cuanto se reconoció la acción reivindicatoria invocada a favor de la sucesión de Tiberio Sánchez, siendo así que el bien reivindicado fue adquirido durante la sociedad conyugal..... Ese bien no perteneció a Tiberio Sánchez, ni a su sucesión.» La Corte reconoció que prosperaba la acusación, por petición antes de tiempo o de un modo indebido, y expuso lo siguiente:

«En efecto: consta que Tiberio Sánchez contrajo matrimonio con la señora Elisa Byrne el quince de marzo de mil ochocientos sesenta y seis (fólio 8, cuaderno 4º, pruebas del demandado Naranjo), que el lote disputado fue habido por escritura número 12, de ocho de enero de mil ochocientos noventa, y que Sánchez murió el cinco de marzo de mil novecientos tres. Ese bien fue adquirido por la sociedad conyugal, en virtud de lo dispuesto por los artículos 180 y 1781 del Código Civil, y desde la fecha de su adquisición entró a formar parte del haber social. Sánchez murió, como queda visto, en mil novecientos tres, y no aparece de autos que se hubiera liquidado la sociedad conyugal Sánchez-Byrne, y que en esa liquidación se le hubiera adjudicado a los herederos de Sánchez el lote a orillas del Cali, y si esas comprobaciones faltan, hay que reputar que el bien sigue siendo de la sociedad conyugal ilíquida Sánchez-Byrne.» (Casación, julio 25 de 1930, *Gaceta Judicial* número 1865), tomo XXXVIII ..... 9, 1ª y 2ª

REMATE. 287—A. debía a varias personas unas sumas de dinero; una vez fallecido se siguió su juicio de sucesión, en el cual, como las deudas o el pasivo fuese superior al activo, el partidor formó la hijuela de deudas; los bienes destinados en ella al pago de éstas, fueron sacados a remate por haber menores, y los acreedores formaron para el remate una asociación. Se alegó en el recurso de casación que se intentó contra la sentencia del Tribunal que falló el juicio ordinario sobre nulidad del remate, que había existido error de hecho y de derecho al no considerar el Tribunal que la escritura de asociación entre los acreedores constituía la prueba de la colusión o confabulación encaminada a obtener el retiro de licitadores extraños.

«No está prohibida la asociación de personas que tienen intereses comunes para hacer postura en un remate; lo que es ilícito es el convenio con posibles licitadores para obtener el retiro de ellos mediante concesiones de dinero u otra especie, pues de esa

(1) Salvó su voto en esta sentencia el Magistrado doctor Juan N. Méndez, para sostener que el título del heredero putativo no está colocado en el caso del numeral 3º del artículo 766 del Código Civil, sino en el excepcional que contempla la parte última, que dice:

«Sin embargo, al heredero putativo, a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto, como al legatario putativo correspondiente el acto testamentario, que haya sido judicialmente reconocido.»

Si tenía justo título (el excepcional de que habla ese artículo), y la posesión material de los bienes mediante la partición y la sentencia aprobatoria, habría podido prescribir contra los verdaderos herederos del causante, por el transcurso de diez años, si durante ellos no se hubiera pronunciado la anulación del testamento verbal y la partición. El Tribunal, partiendo de esa base, consideró que el heredero putativo pudo transmitir el bien o los bienes a los compradores, a quienes, obrando de buena fe y también con justo título, les era dable prescribir.

«¿Qué efectos, pregunta el Magistrado, produjo la sentencia de anulación respecto de los adquirentes del señor Alvarez? Aquí se halla lo grave del asunto; pero en mi proyecto estimaba que, tratándose de un caso excepcional (el de admitir la ley como justo título el del heredero putativo), a esos adquirentes no los afectó la anulación, por tener ellos justo título y buena fe, y porque hay casos (pudiendo sostenerse con motivos de mucha probabilidad que el actual es uno de ellos) en que la prescripción ordinaria es oponible a la acción reivindicatoria derivada de la declaración de nulidad.»:

Págs.

manera se hace nugatoria la subasta. Los acreedores, ligados por un interés común, que era obtener la solución de una parte de sus créditos, a nadie alejaron de la subasta por obtener ventajas en el valor del remate, y sus propuestas no podían impedir que se presentara cualquier licitador extraño a hacer otra postura en mejores condiciones.» (Casación, marzo 2 de 1931), XXXVIII... ..... 511, 1ª

RENTA DE LICORES Y DEGUELLO. 288—Al liquidar para los Municipios el diez por ciento que les corresponde del producto de las rentas de licores y degüello, conforme al artículo 12 de la Ley 8ª de 1909, debe hacerse forzosamente la deducción de los gastos de producción y de administración. (Sentencia, julio 2 de 1930) 37, 2ª

REPRESENTACIÓN DE UNA SOCIEDAD QUE HA ENTRADO EN LIQUIDACIÓN. 289—Se demandó a la sociedad de Eder & Bravo en la persona de su administrador; cuando llegó la *litis contestatio* entró en liquidación y se siguió el juicio con el apoderado que había constituído el administrador. Se afirmó en casación que debió entenderse el pleito con el liquidador, como representante especial de la sociedad, y se acusó la sentencia del Tribunal de error manifiesto «en seguirse el presente pleito con el ex-administrador de la sociedad Eder & Bravo.»

Rechazó el cargo la Corte y dijo:

«No es exacto que el pleito se siguiera con el ex-administrador de la sociedad Eder & Bravo, señor Roberto Bravo; consta en el proceso que el juicio se siguió con el apoderado especial de dicha sociedad que, en representación de ella, constituyó el señor Bravo cuando fue su administrador. Ahora, si bien es cierto que la representación de la sociedad, al entrar ésta en liquidación, la asume el liquidador, no hay razón en qué apoyar el concepto de que por ese hecho caducan, totalmente, los poderes especiales para pleitos, conferidos por el administrador cuando estuvo en ejercicio de su cargo. Tales poderes deben reputarse subsistentes mientras no sean revocados por el liquidador, concepto que en nada se opone a los preceptos consignados en las disposiciones citadas por el recurrente.» (1).

REPUDIACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA. 290—Seguido un juicio de sucesión se le adjudicó la casa que constituía el único bien de ella, a uno de los hijos naturales del *de cujus*, por no haber intervenido el otro en el juicio ni héchose parte en él. Demandó éste que se le declarase heredero de su madre como hijo natural y que, en consecuencia, se declarase que el otro hijo natural al cual se le había adjudicado toda la casa, estaba obligado a entregarle el derecho de herencia equivalente a la mitad de aquélla.

(1) Artículos 533, 537 y 541 del Código de Comercio y 2103 y 2105 del Código Civil.

Págs.

Prosperó la acción ante el Tribunal y el demandado acusó la sentencia de haber violado el artículo 1290 del Código Civil, porque estimó que no habiéndose presentado al juicio de sucesión el heredero demandante, no obstante haberse hecho el emplazamiento que ordena la ley, estaba cumplida la repudiación tácita de la herencia.

«Es cierto que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas de que habla el recurrente para resolver si la demandante Gabriela Perpetua Domínguez había repudiado la herencia de Tomasa Domínguez; que si las hubiera apreciado habría llegado a la misma conclusión a que llegó, porque el artículo 1292 del Código Civil, uno de los que el recurrente considera violados, establece que la repudiación no se presume de derecho sino en los casos previstos por la ley, y si bien uno de esos casos es el que indica el artículo 1290 de la misma obra, o sea cuando el asignatario ha sido constituído en mora de aceptar o repudiar, para ello no bastaba que Gabriela Perpetua Domínguez hubiera guardado silencio durante el término del emplazamiento, sino que era preciso que hubiera precedido demanda especial que tuviera por objeto hacer la referida declaración conforme lo establece el artículo 1289 del mismo Código y que tal demanda se notificara debidamente a dicha señora para que así surtiera el efecto de la presunción establecida en el artículo 1290 de allí, formalidades que no aparece se hubieran llenado en el caso contemplado. El cargo no es pues fundado.» (Casación, febrero 21 de 1931), XXXVIII ..... 503, 1ª y 2ª

RESCISIÓN POR LESIÓN ENORME. 291—Un Municipio demandó a la Nación para que se declarase rescindido por lesión enorme un contrato de compraventa celebrado entre él y la Nación, en el cual ésta le compró unos lotes de tierra para un ferrocarril nacional. Hecha la venta a la Nación por la suma de $ 3,000, se probó que al tiempo del contrato valían los lotes vendidos la suma de $ 15,736; se alegó que la cláusula del contrato en que el Municipio declaró que hacía la cesión a favor de la Nación de la suma de $ 12,736, o sea, del mayor valor que correspondía a las zonas de terreno, no tenía valor alguno de acuerdo con el artículo 1950 del Código Civil, y que era patente, además, la nulidad absoluta demandada, consistente en que un Municipio no puede hacer cesión de sus bienes, y menos sin insinuación.

La Corte declara en la sentencia en que absuelve a la Nación de los extremos de la demanda, que el Municipio hizo constar en la escritura de venta que la cesión de mayor valor de las zonas de terreno vendidas «la estima compensación del beneficio que recibió con la construcción de la estación, razón por la cual la hace sin restricción alguna y sin reservarse derechos futuros de ninguna clase;» que la Nación tenía edificaciones en los lotes por ella comprados sin que hubiesen sido avaluadas tales edificaciones y que, por tanto, no se sabía el verdadero

Págs.

valor de los lotes para que pudiese prosperar la acción rescisoria.

«..Refiriendo este orden de cosas a la acción rescisoria por lesión enorme a que este pleito dice relación, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1947 del Código Civil, según el cual 'el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende' y 'el justo precio se refiere al tiempo del contrato,' debe admitirse que en el presente caso y por la falta de apreciación de las circunstancias jurídicas de la cosa vendida, en el momento en que lo fue, no está demostrado ese justo precio... Estos antecedentes autorizan también para reconocer que como la cesión del mayor valor hecha por el vendedor tuvo carácter compensatorio, no procede tampoco la acción rescisoria con fundamento en la nulidad alegada, ya que en el presente caso y por obra de los mismos antecedentes expuestos, no se trata de donación o de simple liberalidad que haga aplicable la disposición del artículo 1950 del Código Civil, según el cual debe tenerse por no escrita la cláusula en que se expresa la donación del mayor exceso del precio.» (Sentencia, Sala Civil de única instancia, septiembre 8 de 1232), XXXVIII. 282, 1ª y 2ª

RESOLUCIÓN DE CONTRATO. 292—Nazario González Correa vendió a Marcelino González C. unos bienes raíces; dos días después vendió los mismos bienes a Luis F. López y Carlos Rodríguez, y éstos registraron su escritura de compra antes que lo hiciese el primer comprador, quien no pagó realmente el precio de los bienes vendidos, aunque en la escritura se aseverase esa circunstancia. La viuda y los herederos del vendedor González Correa demandaron al primer comprador para la resolución del contrato de compraventa por falta de pago del precio y por otros extremos, perdiendo el pleito ante el Juzgado y ante el Tribunal. Recurrieron entonces en casación ante la Corte, por varios motivos, entre ellos el de violación directa del artículo 1930 del Código Civil. La Corte sentó esta doctrina:

«La disposición del artículo 1930 del Código Civil, que invoca el recurrente, es cierta; pero ella se halla subordinada en su aplicación al principio establecido en el artículo 1609 ibídem, según el cual 'en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.' El Tribunal halla comprobado en el proceso, con la certificación del Registrador arriba mencionado, que el vendedor demandante había incurrido en mora irremediable de hacer la tradición de los inmuebles que había vendido a Marcelino González C., porque habiéndolos enajenado segunda vez y registrádose la escritura respectiva primero que la otorgada a Marcelino, fueron los compradores ulteriores quienes por esta circunstancia obtuvieron la tradición del vendedor y los que adquirieron el dominio con antelación al primitivo comprador que demoró el registro de su título. Por esto ha declarado la Corte en jurisprudencia constante, que 'la entrega a que se refiere el artículo 1873 del Código Civil, tratándose de inmuebles vendidos a dos o más personas, tiene que referirse al registro de los títulos; y que la posesión y la entrega que deben considerarse para los efectos de ese artículo, son las producidas por el registro del título.' Con razón halló el Tribunal que aunque se había celebrado un contrato de compraventa por medio de la escritura número 15, y que ésta se había registrado, el vendedor no había cumplido con la obligación de hacer la entrega al comprador, porque cuando el registro se verificó, ya había transmitido el dominio de los inmuebles a otros compradores que habían registrado su título dos días antes. Y si la enajenación por compraventa no había podido efectuarse por falta de tradición, claro es que el comprador no estaba obligado a pagar el precio de ella.» (1) (Casación, octubre 2 de 1930), XXXVIII. ..... 96, 97, 2ª y 1ª

RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR CAUSAS DISTINTAS DEL NO PAGO DEL PRECIO. 293—Al otorgarse la escritura de venta de una finca raíz en que declaró el vendedor que había recibido el precio, se estipuló que tenía derecho para permanecer en ella por diez meses administrándola y gozando sus frutos naturales; no permitió el comprador la administración ni el usufructo, pues lanzó al vendedor de la finca, por lo cual éste lo demandó en juicio ordinario para que se declarase, entre otras cosas, resuelto el contrato de compraventa por esa causa. Contra la sentencia del Tribunal en que prosperó la acción resolutoria acudió en casación el comprador demandado, haciendo valer la causal 1.ª del artículo 2.º de la Ley 169 de 1896, porque aseveró que el Tribunal había violado los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, ya porque imputó al precio de la venta parte de los frutos de la administración de la finca vendida, ya porque estimó que solamente era causa de resolución del contrato de compraventa la consistente en el no pago del precio.

«La Corte observa: El Tribunal, en su sentencia, dice que el pacto de conservar al vendedor en el goce de la finca vendida durante diez meses, 'es de forzoso cumplimiento para el

(1) Concordancias: números 3108, 1419, tomo 1º, 1694, 2123, 2127, 2586, 2587, tomo 2º, 3356, 3396, 4056, tomo 3º, de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

comprador Bravo, desde que se consignó como condición de la venta, lo cual vale tanto como decir que sin ella no se hubiera realizado tal venta.' Y más adelante: 'En suma, de lo aseverado por los testigos ya citados, y por el mismo demandado, fuerza es colegir que éste no cumplió con lo pactado en el contrato contenido en la escritura número 106, por cuanto tomó para sí algunos frutos de los que al tenor del contrato pertenecían a su contraparte, y por cuanto obligó a Serrato a que le entregara la finca sin estar vencido el término de su administración. Se ha cumplido, pues, la condición tácita prevista por el artículo 1546 del Código Civil, como fundamento de la acción resolutoria.' Estos conceptos sustentan el fallo recurrido, porque si el contrato de venta era condicional, y no se cumplió por parte de Bravo, Serrato tenía indudablemente la acción resolutoria. El sentenciador no ha interpretado mal el contrato, porque al decirse en él 'que es condición de este contrato que el comprador permite que el vendedor Tiburcio Serrato permanezca al frente de la administración de los bienes que por la presente vende, por el término de diez meses contados desde esta fecha (la de la escritura), pudiendo como tal usufructuar de los frutos naturales de la finca raíz,' tal condición no puede referirse sino al contrato de venta, porque antes de establecerla no había hablado de ningún otro; y no ha interpretado mal la demanda, porque en ella se pide con toda claridad la resolución del contrato de venta, no del de administración, por no haberse cumplido la condición de que se ha hablado. Por lo expuesto hasta aquí, el Tribunal no ha violado el artículo 1930 del Código Civil, porque el contrato de venta no sólo es resoluble por no haberse pagado el precio oportunamente, sino también por no haberse cumplido cualquiera otra condición válidamente establecida, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1546 del mismo Código; y, como se ha visto, el sentenciador no decretó la resolución, en último término, sino fundado en este artículo.» (Casación, febrero 17 de 1931), XXXVIII ..... 437, 1ª y 2ª

RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL ANTE TESTIGOS Y EN PRESENCIA DE LA PARTE DEMANDANTE, DE NO HABERSE PAGADO EL PRECIO.

294—Juan B. Villate demandó ante el Juez 1.° del Circuito de Bucaramanga a Aminta Villate para que se declarase resuelto, por falta de pago del precio, el contrato de compraventa que celebró con ella; para que no haciéndose esa pronunciación se declarase rescindido el contrato por lesión enorme en cuanto vendió por $ 2,000 fincas que valían al tiempo de la venta $ 7,000, y para la restitución de los bienes vendidos a la Villate. Corrigió posteriormente la demanda para que subsidiariamente se declarase que tenía derecho al precio en que la demandada hubiese vendido cualquiera de las fincas. Al contestar la demanda opuso demanda de mutua petición la demandada para que se condenase al actor a pagarle la suma de $ 4,000 que dijo haber recibido éste por la casa que ella compró al actor y que a su turno vendió a Agustín Trillos, lo que pidió como recurso subsidiario en caso de que no prosperase la petición sobre dominio que también hizo a su favor, de una de las fincas que el actor le vendió. El Juez declaró que no había lugar a hacer las declaraciones pedidas en las demandas principal y de reconvención, y en cuanto a la acción rescisoria por lesión enorme declaró probada la excepción perentoria de transacción. El fallo del Tribunal confirma la sentencia, menos el punto 2.° que revoca declarando no probada la excepción de transacción. Recurrió en casación el demandante principal por violación directa del artículo 562 (1) del Código Judicial, en cuanto estimó el Tribunal que la demandada no había confesado la falta de pago del precio extrajudicialmente ante testigos. La Corte casa la sentencia por este motivo y como fundamento de su fallo expone:

«Echa menos el Tribunal en la confesión de la señorita Villate, la circunstancia de que ésta no dijo que el precio que debía por las fincas compradas a su hermano era la cantidad de dos mil pesos; pero aparte de que esto está probado con la escritura de venta, hay que advertir que el presente juicio no versa sobre pago de tal precio, sino sobre algo muy distinto: sobre la resolución del contrato de compraventa por el no pago del precio de la cosa vendida, cualquiera que éste sea. Ahora bien, confesar la demandada que no pagó el precio, y confesar que el demandante tiene derecho, por tal causa, a la resolución del contrato, es todo una misma cosa. Lo debido en el caso de la litis no es, pues, el precio; la obligación que pesa sobre la demandada es la de convenir en que se resuelva el contrato por la falta de pago del precio; y confesando que éste no se pagó, se confiesa la acción a que tiene derecho el demandante, y la obligación correlativa a esa acción que pesa sobre la demandada. Están reunidas, pues, las circunstancias que exige el artículo 562 en la confesión extrajudicial, a saber: confesión de lo debido en presencia de la parte contraria, con expresión de la cosa debida y de la razón o causa por la cual se debe. La declaración de la señorita Villate está por lo demás probada con dos testigos contestes. El recurrente señala como violado, por los errores en que incurrió el Tribunal y que se acaban de examinar, el artículo 562 del Código Judicial

(1) Artículo 608, Ley 105 de 1931.

Págs.

y como evidentemente está quebrantada esta disposición, porque la confesión de la señorita Villate reúne las condiciones que indica el artículo, cosa que niega el Tribunal, la Corte casa, por este quebrantamiento, la sentencia recurrida....» (Casación, 31 de julio de 1930)..... 52, 1ª y 2ª

Se demostró que la señorita Villate, en los momentos en que iba a firmar a Agustín Trillos la escritura de venta de una de las fincas que había comprado a su hermano Juan B. Villate, confesó ante éste y ante dos testigos que no le había pagado el precio de los bienes relacionados en el contrato cuya resolución se pidió por este motivo.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR CONFESIÓN FICTA DE NO PAGO DEL PRECIO, DE UNA COMPRAVENTA. 295—Se declaró resuelto un contrato de compraventa en virtud de la confesión ficta de la parte demandada de no haber pagado el precio de los bienes comprados, prueba que consistió en la declaración de confesa en unas posiciones que extrajudicialmente le pidió el futuro actor en el juicio ordinario de resolución.

«Considera la Corte que desde la vigencia del artículo 34 de la Ley 169 de 1896, en que se le dio fuerza de confesión judicial a la que se haga al absolver posiciones fuera de juicio, la no comparencia a absolverlas a la hora y en el lugar designado para ello, acarrea para la parte remisa la sanción de que se la declare confesa, y de que tal declaración se tenga como plena prueba respecto de los hechos sobre que versan las posiciones. Así lo ha expuesto esta Corte en varias decisiones.... *Gaceta Judicial*, tomos 19, 131, 29 y 120, 3ª» (1) (Casación, octubre de 1930), XXXVIII..... 134, 1ª

En el asunto a que se alude en esta sentencia de casación admitió la Corte la resolución del contrato de compraventa en virtud de la prueba de confesión ficta y estimó también la prueba indiciaria que tuvo en cuenta el Tribunal.

— DE UN CONTRATO. 296—Se admite que la acción resolutoria es divisible cuando el objeto es divisible. Véase la doctrina que contiene el número 7 bajo el título «Acción resolutoria divisible cuando el objeto de la venta es divisible.»

RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHO AJENO. (Culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando*). 297—(Véase la doctrina contenida en el número 84).

— POR DEMORA EN LA SUSPENSIÓN DE EMPLEADOS. 298—Un Juez, en un sumario que adelantaba contra un Alcalde, resolvió encarcelarlo, para lo cual solicitó del Gobernador del Departamento la suspensión del empleado. Demoró el Gobernador el decreto de suspensión, ya porque no le fueron enviadas todas las piezas justificativas del delito, conforme al artículo 1885 del Código Judicial, ya porque estimó, lo que se comprobó plenamente, que el Juez perseguía solamente la satisfacción de una venganza, y tan así fue, que el Juez, una vez que el Alcalde se separó del puesto, no volvió a activar el proceso respectivo. Llamado a juicio el Gobernador en la Corte por violación de alguna de las disposiciones del capítulo sexto, título décimo, Libro segundo del Código Penal, que se refiere a omisión, demora y otras faltas de los empleados públicos en la persecución de los delincuentes, en la administración de justicia o prestación de protección o de servicios públicos, se le absolvió conestas consideraciones que sienta la Corte:

«Tanto de las diligencias remitidas en copia, como del informe del Juzgado, se desprende que, evidentemente, poco o nada se adelantó en el sumario contra el mencionado Fuentes cuando se separó de la Alcaldía, como lo asevera el señor doctor Cormane. Esta circunstancia, como es obvio, debe favorecer al encausado, porque en realidad se hace viable su afirmación al respecto. De otro lado debe tenerse en cuenta que si bien es verdad que al Gobernador se le dirigió repetida solicitud para la suspensión de Fuentes en el puesto que ocupaba, no es menos cierto que no se le acompañaron los documentos del caso conforme lo exige la ley, es decir, aquellas comprobaciones indispensables en las cuales debía fundarse el auto que a dicho funcionario se le transcribió por el Juez Municipal como base de la petición. Acaso en este particular estimó ciertamente el señor doctor Cormane, como él mismo lo insinúa, que no debía obrar con precipitación, sino más bien con prudencia y mesura, toda vez que se le había asegurado que se trataba de un apasionamiento personal, partidista o de círculo, para con el Alcalde sumariado, cuya suspensión se pedía. El mandatario departamental esperaría seguramente las pruebas y documentos respectivos para poder decretar la suspensión, y de esa espera quizás se tomó pie para aseverar que el Gobernador desatendía las órdenes judiciales, cuando probablemente en realidad sólo aguardaba la confirmación legal de éstas. Siendo esto así, según se ve, no aparece la malicia, la intención dañada con que el acusado procediera, por lo cual, y no cumpliéndose en su totalidad en el presente asunto con los requisitos exigidos para condenar por el artículo 1656 del Código Judicial, debe dictarse sentencia absolutoria a su favor, sin que sean menester otras consideraciones.» (Sentencia, enero 31 de 1930), XXXVIII..... 362, 2ª

(1) Concordancias: números 795, 3046, tomo 3º, de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

REVISIÓN. 299—Dos individuos condenados como coautores en un asesinato en compañía de A. H. solicitaron revisión del proceso en que se les condenó, para lo cual acompañaron, entre otras pruebas, la declaración de A. H., el cual afirmó y sostuvo perentoriamente que sus pretendidos compañeros eran inocentes del crimen que se les había imputado.

«Aureliano Holguín dice haber escrito de su puño y letra, en el año de 1920, un memorial dirigido al Tribunal de Buga, en que se declaraba único responsable del delito; memorial que afirma no llegó a su destino por haberlo hecho pedazos su curador Roberto Arturo. En cumplimiento del segundo auto para mejor proveer, Holguín se reafirma en lo dicho y sostiene perentoriamente que Viera y Daraviña son inocentes, al contestar el interrogatorio respectivo. Las declaraciones rendidas en el proceso por Cipriano Soto, Avelino Cobo, Gustavo Paz y Justiniano Quintero, se refieren al mismo hecho de haber escrito Holguín el aludido memorial. Aunque estos elementos de prueba son deficientes para demostrar la causal 3ª, pues no aparece el móvil torcido o la dañada intención que tuviera Holguín al rendir su indagatoria en que, declarándose culpable a sí mismo, y no para disculparse, compromete la responsabilidad de Viera y Daraviña, y antes bien, pudiera ser materia de un examen detenido o de un esclarecimiento ulterior el saber cuál es el verdadero móvil que hoy tiene el mismo Holguín para retractar su primera declaración y sostener la inocencia de Viera y Daraviña, es lo cierto que por lo que respecta a la causal 5ª, se presentan indicios graves sobre la inocencia o irresponsabilidad de los recurrentes.» En virtud de tales indicios la Corte decretó la revisión solicitada. (Sentencia de la Sala de Casación en lo Criminal, marzo 27 de 1931), XXXVIII... .... 475 1ª y 2ª

— DE UN PROCESO CRIMINAL. 300—A., condenado a la pena de veintiún años de presidio por homicidio, solicitó revisión del proceso que se le siguió, fundado en la Ley 33 de 1909, y presentando como prueba de sus pretensiones un certificado de los médicos legistas en que se dice que «se trata de un individuo epiléptico, con antecedentes familiares alcohólicos y demenciales, precisos. Por causa de su enfermedad es un individuo de un temperamento irritable e impulsivo. Como sufre con mucha frecuencia de los ataques, no es posible determinar el verdadero tiempo lúcido que pueda mediar entre uno y otro ataque. Dados sus antecedentes, sus ataques epilépticos, su irritabilidad, su tendencia impulsiva, es indudable que cuando se cometió el hecho delictuoso por el cual se le ha hecho responsable, en nuestro concepto, debió excluirse, al menos, la premeditación, por tratarse, como se ha dicho, de un enfermo del sistema nervioso, cuya responsabilidad está definida por la medicina legal.»

Págs.

«Basta la lectura del concepto médicolegal que se ha transcrito, para deducir que por lo menos surgen indicios acerca de la irresponsabilidad de Vásquez en el delito, por el cual fue juzgado y condenado.... Es innecesario en esta ocasión estudiar las mayores o menores alteraciones psíquicas de que puedan ser víctimas los epilépticos; basta por el momento tener en cuenta las discusiones de carácter científico que se han suscitado en los últimos tiempos acerca de la mayor o menor responsabilidad o irresponsabilidad de esa clase de enfermos en relación con los delitos que cometan, y basta tener en cuenta que la misma ley ordena la revisión cuando surjan los indicios de que se ha hablado, para que se resuelva favorablemente la demanda.» (Sentencia de la Sala de Casación en lo Criminal, octubre 15 de 1930)..... 189, y 190, 2ª y 1ª

§

SECRETARIOS. 301—Fue acusado como violatorio del artículo 45 de la Constitución Nacional el artículo 15 de la Ley 21 de 1931 que prohibe a los Secretarios de las Oficinas Judiciales y administrativas mostrar los expedientes que cursen en ellas a personas distintas de las partes o de los abogados inscritos. La Corte declaró que no era inexequible ese artículo en la sentencia cuyos principales fundamentos pueden verse en el número 206 de esta Jurisprudencia. (Sentencia, diciembre 15 de 1932. XXXVIII)..... 322, 2ª

SEGUNDA CAUSAL DE CASACIÓN, 302—Si en la parte motiva o en las consideraciones que preceden a un fallo hubiere erradas apreciaciones sobre los hechos o el derecho, no es la segunda causal el medio para enmendar el agravio. (Casación, octubre 23 de 1930), XXXVIII..... ... . 187, 1ª

SEGURO. 303—Se acusó una sentencia por errónea interpretación del inciso 2.° del artículo 13 de la Ley 27 de 1888, aseverando que si es verdad que allí se dice que el asegurador conserva en todo tiempo el derecho de pedir reducción del avalúo, si prueba que éste ha sido exagerado, semejante derecho no puede ejercitarse indefinidamente, como que sería imposible justipreciar un objeto después de su extinción sin haberlo conocido antes.

La Corte dice:

«El Tribunal dijo que el asegurador está autorizado para pedir la reducción del avalúo en todo tiempo, y

Págs.

que por lo mismo ese derecho existe aun después de acaecido el siniestro y mientras no se haya cubierto la indemnización. La Corte no advierte error palpable en tal interpretación, porque el derecho del asegurador permanece durante el curso del seguro, y cuando ocurre un siniestro, el contrato no termina en sus efectos sino con el completo pago de la indemnización. El reparo que apunta el recurrente acerca de la dificultad que habría para reavaluar una cosa que ha dejado de existir, es propiamente de hecho y no de derecho, y por cierto que la dificultad no raya en lo imposible, como lo sugiere aquél, pues a quienes conocieron esa cosa les sería dable retasarla.» (Casación, agosto 27 de 1930), XXXVIII..... 125 y 126, 2ª y 1ª

SEGURO. 304 -Se demandó a la Compañía Colombiana de Seguros para el pago de indemnización por las pérdidas de un incendio, de acuerdo con el contrato de seguro. Obtenida sentencia favorable en ambas instancias, recurrió en casación el actor por no haberse condenado a todo el valor estipulado en la póliza. Dijo el recurrente que el Tribunal había desconocido el principio jurídico de la libre estipulación al no condenar a la Compañía al pago de la suma que aparecía de la póliza. La Corte transcribe, como fundamentos de su fallo, los siguientes del Tribunal sentenciador:

«En tales contratos y por motivos de orden público, las partes están inhibidas para dar a las cosas aseguradas un avalúo caprichoso y superior a su justo valor, porque se desnaturalizaría el contrato, dejaría de ser de mera indemnización para convertirse en lucrativo (1), y esto, como se comprende sin dificultad, incitaría a no pocos asegurados a provocar aun con procedimientos ominosos la concurrencia de los siniestros previstos (2).

Este es el principio que consagran los artículos 641 y 656 del Código de Comercio.. Si pues el contrato de seguro es de mera indemnización y eficaz solamente hasta concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado, forzosamente hay que deducir que cuando el avalúo o estimación del valor de las cosas aseguradas ha sido excesivo, el asegurador tiene el derecho del caso para obtener su reducción.» Y agrega: «En seguida, con el fin de apoyar esta conclusión, copia el artículo 13 de la Ley 27 de 1888. Como se ve, según el Tribunal, es necesario para que deje de regir el avalúo estipulado por los contratantes, que el asegurador ejercite el derecho de pedir rebaja, dando la prueba de la exageración. Con esto no se niega la libertad de estipular, sino que se expone la doctrina legal referente a la modificación que sobreviene en el evento de una reclamación fundada del asegurador.» (Casación, agosto 27 de 1930), XXXVIII..... 125, 2.ª

SEGURO DE VIDA. 305—Cierto individuo, obrero de la Empresa del Ferrocarril de Antioquia, murió de una grave enfermedad, pero no se comprobó que hubiese sido contraída al servicio del Ferrocarril; no figuró en la nómina del mes en que ocurrió la defunción. Sobre el punto dijo la Sala de Negocios Generales de la Corte al confirmar la sentencia del Tribunal de Medellín que absolvió al Departamento de Antioquia de los cargos de la demanda intentada por el padre del obrero fallecido:

«De los términos del artículo séptimo de este último estatuto (la Ley 32 de 1922) se deduce que sólo hay derecho a hacer efectivo el seguro obligatorio cuando el empleado fallecido figure en la nómina del mes en que haya ocurrido la defunción.. El señor personero del demandante sostiene en su alegato de conclusión que sí se encuentra demostrado que la muerte de Gutiérrez fue ocasionada por enfermedad contraída al servicio de la Empresa del Ferrocarril, y basa su afirmación en la circunstancia de haber enfermado aquél cuando se hallaba trabajando como carpintero en la mencionada Empresa; en haber permanecido en el hospital desde el veintisiete de enero de mil novecientos veintiséis hasta el cuatro de febrero siguiente, y en haber muerto cuarenta y cinco días después de haber salido del hospital. Pero fácilmente se advierte que la concurrencia de estas circunstancias no demuestra que la muerte del obrero Gutiérrez hubiera acaecido en virtud de enfermedad contraída en el servicio de la Empresa, pues para ello sería menester que se hubiera establecido legalmente cuál fue la causa de su muerte, pues ésta pudo ser ocasionada por algún accidente ocurrido despues de haber salido del hospital.» (Sentencia, julio 7 de 1930), XXXVIII..... 38 y 39, 1ª y 2ª

(1) En sentencia de fecha 25 de julio de 1935 que reproduce la doctrina anterior, estableció la Sala de Casación Civil de la Corte que es de la esencia del contrato de seguro, de acuerdo con el artículo 641 del Código de Comercio Terrestre, el constituír indemnización y no negocio. «Gaceta Judicial» número 1898).

(2) La Corte de Casación de París estableció que no es permitido, «por medio de un contrato de seguro o de cualquier otro pacto, estipular de antemano la inmunidad por las culpas graves del asegurado,» como que el «orden público se opone a la validez de tal pacto.» (*Les grands arrets de la Jurisprudence Civile*, Henri Capitant, página 199). De manera que no valdría siquiera estipular la irresponsabilidad ante culpas graves del asegurado. Dice un sabio comentador francés: «Sería intolerable que se pudiese estipular la irresponsabilidad por razón de culpas intencionales; una cláusula semejante sería exclusiva de toda responsabilidad y de toda moralidad; iría contra las buenas costumbres y el orden público, y hasta es dudoso que se encuentre una persona, sana de espíritu, que consienta en ponerse en esa forma a discreción de otro.» (Josserand, *Cours de Droit Civil positif francais*, tomo 2º, página 252).

Págs.

SEGURO DE VIDA COLECTIVO. 306—La obligación de efectuar el seguro de vida colectivo de los empleados y obreros, en su caso, no nace de un acuerdo de voluntades que obligue a cumplir lo prometido, sino que es impuesta por la ley (artículo 1.º de la Ley 37 de 1921 y 7.º de la Ley 32 de 1922), a las empresas industriales, de comercio o de cualquiera otra clase, de carácter permanente, existentes en el país, o que se establezcan en lo sucesivo, cuya nómina de sueldos o salarios sea o exceda de mil pesos mensuales. (Casación, noviembre 13 de 1930), XXXVIII 288, 1.ª

SENTENCIA ABSOLUTORIA. 307—En el juicio ordinario que inició Pedro Macías, como cesionario de Arthur D. Thomas, contra María Teresa Hallan de Vargas, para el pago de una suma de pesos que se causó a deber con garantía hipotecaria, sostuvo la parte recurrente en casación contra la sentencia del Tribunal, la consiguiente violación del artículo 835 del Código Judicial (1) por haber dejado el Tribunal de resolver algunas de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

Dijo la Corte sobre este cargo:

«Las excepciones propuestas en la contestación de la demanda fueron las de falta de acción, de instrumento ejecutivo, de instrumento hipotecario, falta de personería del demandante, nulidad del instrumento ejecutivo y falsedad del mismo. El Tribunal falló sobre todas estas excepciones; porque si bien no habló expresamente de la falta de personería del demandante, confirmó la sentencia del Juez, que en su parte motiva la consideró y desechó. La sentencia absolutoria comprende todas las peticiones de la demanda, lo ha dicho repetidas veces la Corte. Luego por este aspecto no es fundado el cargo.» (Casación, XXXVIII, número 1865, julio 16 de 1930) 14, 1ª

La Corte casó la sentencia del Tribunal de Ibagué, pero por motivo distinto.

— 308—La sentencia absolutoria proferida por un Tribunal no puede ser acusada de no estar en consonancia con las pretensiones aducidas en el libelo de demanda. Es improcedente, pues, la acusación por segunda causal en ese caso (2) (3). (Casación, julio 31 de 1930) 51 2.ª

— EN QUE SE OMITE FALLAR UNO DE LOS PUNTOS DE LA DEMANDA. 309—Justo Márquez demandó en juicio ordinario a Angustias Quintero para que se declarase que tenía mejor derecho que ésta a la posesión de unos terrenos y para que se la condenase a pagarle perjuicios provenientes de la oposición en reconocerle los derechos alegados. En subsidio demandó que se le tuviese como comunero en aquellos terrenos. Absuelta la demandada por el Juez, confirmó el fallo el Tribunal, pero se abstuvo de considerar la petición subsidiaria.

«Realmente, el Tribunal no tomó en consideración la petición subsidiaria, comoquiera que nada dijo al respecto en la parte motiva de la sentencia. Si se replicare que por cuanto confirmó el fallo de primera instancia, que absolvía a la demandada de todos los cargos de la demanda, dejó decidida esa cuestión, es muy fácil desvanecer tal argumento, teniendo en cuenta que la providencia confirmada tampoco la examinó, y que la sentencia del Tribunal se apoya en razones distintas de las que adujo el Juez... En otras ocasiones ha dicho la Corte: 'Cierto es que la sentencia del Tribunal es absolutoria, y cierto también que la Corte tiene resuelto que el fallo absolutorio resuelve todas las cuestiones debatidas y guarda armonía con lo pedido, pero esa doctrina ha de entenderse, como lo anota la misma Corte, cuando el sentenciador estudia todas las cuestiones propuestas, pues cuando deja de considerar alguna, no puede decirse que la haya fallado, aun cuando la sentencia sea absolutoria.' (Casación de ocho de octubre de mil novecientos veinte. *Gaceta Judicial*, tomo XXVIII, febrero once de mil novecientos veintiuno).»

La Corte casa, en consecuencia, la sentencia recurrida y dispone que se envíe el proceso al Tribunal para que profiera un fallo no deficiente (1). (Casación, XXXVIII, número 1877, marzo 12 de 1931) 557, 2ª

SENTENCIA DE EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO 310—(Es definitiva). En un juicio ejecutivo que a favor de la Nación y contra los herederos de Ignacio Alvarino se adelantaba en el Juzgado de Rentas de Barranquilla y del cual conoció la Corte por apelación del auto de ese Tribunal que declaró inadmisible la misma excepción de pago propuesta que había sido ya fallada, esbozó el apoderado del excepcionante la tesis de que en el juicio ejecutivo la sentencia definitiva no es la de excepciones, sino la de pregón y remate.

«Aunque el reclamante no ensaya siquiera demostrar su tesis, se exponen a continuación algunas de las razones que la mayoría de la Sala tiene para estimar que la sentencia de excepciones sí tiene la categoría de definitiva. El artículo 824 del Código Judicial define la sentencia definitiva diciendo que es la que se pronuncia sobre la controversia que ha sido materia del juicio, o sea sobre lo principal del pleito (2). En un juicio ejecutivo no hay propiamente discusión o controversia sino cuando se propo-

(1) Artículo 466 y siguientes del nuevo Código Judicial.

(2 Artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

(3) Concordancias: números 3709, 3710, 3716, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte», 2332, 2335, 2343, 2344, 2345, tomo 2º A esa jurisprudencia constante de la Corte ha de agregarse la excepción consignada en la doctrina número 3706, tomo 3º, de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(1) Concordancias: números 3698 y 3699 del tomo 3º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) Artículo 466 del actual Código Judicial.

Págs.

nen excepciones. Faltando éstas, el juicio se circunscribe al libramiento del mandamiento de pago, el cual se dicta sin citar ni oír al deudor, y a la práctica de las diligencias ejecutivas. En tal caso, lo que se conoce con el nombre de sentencia de pregón y remate no implica fallo sobre controversia alguna, pues es la simple declaración de que no habiendo el ejecutado opuesto excepciones, esto es, no habiéndose suscitado controversia alguna sobre la obligación demandada, es el caso de llevar adelante la ejecución tal como se decretó y de rematar los bienes sometidos a la traba del juicio. En cambio, propuestas las excepciones, surge una verdadera controversia sobre la obligación cuya efectividad se persigue en el juicio, o sea sobre lo principal de éste, y como esa controversia viene a quedar desatada en el fallo de las excepciones, es palmario que éste tiene carácter de sentencia definitiva dentro del propio juicio, de acuerdo con la definición ya conocida.» (Sala de Negocios Generales), XXXVIII, número 1877, marzo 20 de 1931).... ..... 594, 2ª

SEPARACIÓN DE BIENES. 311—Demandada separación de bienes por una mujer casada y obtenida sentencia favorable en el Juzgado de Circuito y en el Tribunal, recurrió en casación el demandado contra la sentencia del Tribunal, a la cual acusó de violación directa del artículo 154 del Código Civil, pues razonaba que si había cumplido con algunos deberes conyugales, por pocos que hubiesen sido, el abandono de que se le acusaba no había sido absoluto y total, que es, decía, la exigencia de la ley para decretar la separación de bienes.

Hé aquí, sobre el punto, la doctrina de la Corte:

«Estima la Corte que incumbe al criterio del Juez el calificar, en vista de las circunstancias establecidas en el proceso, la extensión del abandono imputado al marido. El *absoluto abandono* de que habla el artículo 154 del Código Civil significa un desamparo grave por el marido o por la mujer de sus respectivos deberes, y no ha de exigirse que ese desamparo haya carecido de leves interrupciones, pues de lo contrario le bastaría a un marido que tiene abandonada a su mujer, cubrir una pequeña deuda o hacerle algún exiguo servicio para eludir la sanción de la separación de bienes. El exagerar el sentido de la expresión *absoluto abandono* conduciría, como se ve, a consecuencias absurdas e injustas.» (Casación, septiembre 27 de 1930), XXXVIII ..... 92, 2ª y 93, 1ª

— 312—Fue combatida en casación una sentencia por haber dicho en ella el Tribunal que al establecer la ley (1) como causales de separación el absoluto abandono del marido de sus deberes de esposo y padre, 'habla de algo definitivo, o cuando menos, reiterado o frecuente en el número de los hechos y *crónico* respecto del tiempo, y así dijo que el abandono debe ser *absoluto* y los maltratamientos de obra o de palabra—ultrajes—sólo cuando hacen imposibles la paz y la tranquilidad doméstica.' Varias consideraciones hizo el recurrente sobre el punto para atacar la sentencia del Tribunal.

La Corte dijo:

«En cuanto al primer concepto del Tribunal, se observa: allí analiza el Tribunal como causales de separación, tanto el abandono absoluto por parte del marido de los deberes de esposo y de padre, como el trato cruel, los maltratamientos de obra o de palabra, o ultrajes. Respecto del abandono absoluto de que trata el numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, interpretó el Tribunal que abandono absoluto quiere decir *definitivo*, o por lo menos reiterado en los hechos y crónico respecto del tiempo. Para que esta interpretación fuera errónea, sería preciso que el término definitivo se opusiera al de crónico, lo cual no ocurre, porque crónico, conforme a su etimología, es lo que ha durado bastante tiempo. Ahora, ese abandono puede no ser definitivo o completo en sí mismo respecto de uno solo de los deberes del marido, como el de suministrar alimentos a su esposa e hijos, pero en cantidad exigua, caso en el cual no podría, de acuerdo con la tesis del recurrente, asentarse como obligación ineludible para el Juez la de decretar la separación, porque bien podría suceder que ello se debiera a dificultades fortuitas del marido, fáciles de sobrevenir en la vida del matrimonio y también de desaparecer o atenuarse con algún esfuerzo de parte de aquél. De ahí que el Tribunal diga que el hecho debe ser en este caso siquiera reiterado y de alguna duración, o crónico para que pueda asimilarse a absoluto, que exige la ley. De modo que el carácter de abandono reiterado en los hechos y crónico en el tiempo, no lo exige el Tribunal sino para cuando aquél no es definitivo o completo aun respecto de uno solo de los deberes del marido como esposo o padre, y por consiguiente el concepto del Tribunal en esa parte no es tampoco erróneo y opuesto al numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922.» (Casación, febrero 28 de 1931), XXXVIII ..... 514, 2ª y 515, 1ª

(1) Artículo 154 del Código Civil.

Págs.

SEPARACIÓN DE BIENES. 313—Se demandó separación de bienes por una mujer casada basándose especialmente en que el marido era inepto absolutamente para el trabajo. La Corte, al considerar el recurso de casación que interpuso la demandante contra la sentencia del Tribunal que revocó la de primera instancia, sienta sobre ese punto esta doctrina:

«La ineptitud para el trabajo, que origina escaseces y hasta pobreza en el hogar, no es lo mismo que el menosprecio o abandono de aquellos deberes que toma sobre sí el individuo a virtud del matrimonio, ya por derecho natural, ya por leyes positivas, deberes que tienen una fuente moral común: el amor y la veneración recíproca de los esposos, del cónyuge para su esposa y sus hijos: *officia pietatis.*» (Casación, septiembre 27 de 1930), XXXVIII..... .... 94, 1ª

SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO. 314—Eloy Sanjuán demandó a Francisco Sanjuán Portillo para que se declarase la inexistencia legal de la servidumbre de tránsito que había establecido éste sobre los predios denominados *Las Crucecitas* y *El Bambo*, de propiedad del actor. Falló el Juez de acuerdo con la demanda y el Tribunal de Pamplona revocó el fallo absolviendo ampliamente al demandado. Acudió en casación ante la Corte el actor, basándose en que el Tribunal erró de hecho al interpretar que la cláusula de la escritura por la cual Silvestre Jácome le vendió un terreno a Sanjuán Portillo y que dice: «Se hace constar que el vendedor queda en la obligación de darle camino al comprador para pasar a su terreno, bien por el punto de *El Bambo* o el de *Las Crucecitas,*» contenía la constitución de una servidumbre. Sostuvo el recurrente que esa cláusula contiene solamente una obligación de hacer, porque la relación jurídica se estableció de persona a persona y que el sentenciador quebrantó el artículo 879 del Código Civil al interpretar esa cláusula como una constitución de servidumbre.

Observó la Corte:

«Es evidente que la cláusula generadora de la disputa no está redactada técnicamente, empleando los vocablos o locuciones que trae la ley civil al ocuparse en estas materias; pues en ella no se dijo que se gravaba un predio a favor del otro con una servidumbre de tránsito, pero también es verdad que la ley no reconoce palabras sacramentales, y que la intención de las partes es la norma suprema para la interpretación de los contratos. Si las partes quisieron obligarse mutuamente por cierto lazo jurídico, ese consentimiento no puede depender de las palabras empleadas para manifestarlo, que es cosa adjetiva...» Agrega la Corte que en una escritura de fecha anterior a la demanda se constituyó claramente la servidumbre de tránsito de que se habla; observa que si la cláusula copiada es ambigua y se presta a dos interpretaciones, la del Tribunal y la del recurrente, el hecho de escoger una de las dos no entraña manifiesto error de hecho en la apreciación, y concluye así: «Los reparos del acusador respecto de la violación de los artículos 760, 79 de la Ley 105 de 1890, sobre tradición del derecho de servidumbre, se derivan del error de hecho en la apreciación de la cláusula escrituraria, y como se ha decidido que por esa cláusula sí se constituyó servidumbre de tránsito, la escritura que contiene dicha cláusula es el título de que hablan las disposiciones acusadas, y que echa menos el recurrente.» (1), (2). (Casación, septiembre 5 de 1930), XXXVIII..... 88 y 89 2ª y 1ª

SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO. 315—(Véase la doctrina expuesta bajo el mote «Reconocimiento expreso de una servidumbre de tránsito,» número 270).

SOCIEDAD DE HECHO. 316—La Corte tiene sentada la doctrina de que el contrato por el cual uno de los contratantes le entrega al otro cierto número de reses para un negocio que debe administrar en partición con aquél, constituye una sociedad de hecho, y el dueño de ellas tiene derecho a que se le liquiden las operaciones y a sacar su parte. (3). (Casación, agosto 23 de 1930), XXXVIII.... ..... 70, 1ª

(Véase también la sentencia de casación de 13 de noviembre de 1914), XXVI. 281, 1ª).

— 317—Para que pueda procederse a su liquidación debe citarse a todos los socios.

Uno de los tres socios de una sociedad de hecho pidió que se declarase existente la sociedad, y que se procediese a su liquidación, lo que hizo citando a los herederos o representantes de uno de los socios muertos, pero sin decir nada respecto del otro socio, también fallecido.

«De estos postulados se desprende, con patente fundamento jurídico, que en el juicio seguido con posterioridad a la muerte de uno o más de los miembros de una sociedad de hecho, para que se proceda a su liquidación es preciso que esta declaración se haga con intervención de los socios existentes y de todos los herederos de los socios muertos, ya que ellos son los continuadores de sus causantes, consiguientemente representantes de la herencia, y como tales, partícipes de los saldos deudores o acreedores de ésta.» (Casación, octubre 9 de 1930), XXXVIII..... 137, 2ª

---

(1) En cuanto a la interpretación de los contratos es múltiple la «Jurisprudencia de la Corte» y constante en el sentido de fijar como normas la intención de las partes: número 2033, tomo 1.º, «Jurisprudencia de la Corte.»

(2) La interpretación de las cláusulas de un contrato es una cuestión de hecho: número 2038, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte.»

(3) Concordancia: número 2433, tomo 2º de la «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

SOCIEDAD DEMANDADA SIN ESPECIFICACIÓN NI PRUEBA DE SU CARÁCTER MERCANTIL. 318—Jorge Gonzalo Castro, heredero declarado de Jesús Diógenes Castro, demandó a Roberto Bravo como socio Gerente de la sociedad Eder & Bravo, para que se declarase inexistente la sociedad de hecho formada entre Diógenes Castro y Eder & Bravo, sobre participación de productos y utilidades de los ganados dados por aquél a ésta; para la liquidación de esta sociedad de hecho y para que se declarase que la sucesión de Castro tenía derecho de retirar el aporte que hizo. Obtenida sentencia favorable, así en el Juzgado como en el Tribunal, alegó en casación el apoderado de Eder & Bravo, violación directa de los artículos 465 del Código de Comercio, 36 de la Ley 40 de 1907 y 1760 del Código Civil, y errónea interpretación de hecho de una prueba, por no estar probada la existencia de la sociedad colectiva de comercio denominada Eder & Bravo, como que no existía en autos ni la copia de la respectiva escritura pública de constitución de esa sociedad, ni la del extracto registrado de la escritura social; se alegó también que el juicio estaba viciado por ilegitimidad de la personería de la parte demandada.

Hé aquí la doctrina de la Corte sobre el punto:

«Este cargo y el que le precede estarían justificados si la demanda estuviera dirigida contra Eder & Bravo, como sociedad mercantil; pero ni en el libelo de demanda, ni en el documento firmado por esos señores a favor de Jesús Diógenes Castro el diez y ocho de diciembre de mil novecientos quince, en que consta el contrato en que se funda la acción, ni en la escritura número 324 de doce de abril de mil novecientos trece, reformatoria de la de asociación de Eder & Bravo, figura esta entidad como sociedad colectiva de comercio, llamada a regirse por las disposiciones del Código del ramo, citadas por el recurrente. De tal calidad sólo hace mención el administrador de la misma sociedad demandada, que es la recurrente, en el memorial de nueve de mayo de mil novecientos diez y nueve, por el cual le confirió poder al señor Ernesto Pino G., pero ello, por sí solo no puede servir de base al cargo que se examina, que, por consiguiente, resulta infundado.» (Casación, agosto 23 de 1930), XXXVIII..... 67, 2ª

SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS. 319—Un denunciante de bienes ocultos, al demandar ante la Corte (Sala Civil de única instancia), la nulidad de unas resoluciones dictadas por el Ministerio de Hacienda, solicitó la suspensión provisional de ellas.

«En lo tocante a la suspensión provisional de las resoluciones acusadas, cabe observar que esta medida no tiene cabida en los litigios que se siguen ante el Poder Judicial; ella sólo es procedente en los que se adelantan ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con las leyes que regulan este género de jurisdicción.» (Sentencia, agosto 25 de 1932), XXXVIII..... 170, 2ª

T

TÉRMINO PARA FUNDAR EL RECURSO DE CASACIÓN. 320—«Profesa esta Superioridad la doctrina de que es perentorio el término que la ley concede al recurrente para fundar el recurso (treinta días, según el artículo 151 de la Ley 40 de 1907); de suerte que no vale hacerlo ni antes (como no sea ante el Tribunal en el término de quince días a que se refiere el artículo 3º de la Ley 90 de 1920), ni después.» (1), (2). (Auto, noviembre 11 de 1930), XXXVIII..... 283, 1ª

— 321—«Sólo es tiempo hábil para fundar el recurso de casación ante el Tribunal, el de quince días de que trata el artículo 150 de la Ley 40 de 1907 (artículo 28 de la 81 de 1910), y ante la Corte, el de treinta días señalado en el artículo 151 de la citada Ley 40 de 1907, que es término perentorio. Si el memorial en que se funda el recurso no se ha introducido en ninguno de los expresados términos, debe declararse desierto el recurso.» (Auto, 13 de agosto 1930, XXXVIII, en el cual se transcribe la anterior doctrina del auto de 19 de agosto de 1922) (3)..... 58, 2.ª

TESTIGOS. 322—Se acusó una sentencia de error evidente por haber absuelto a la Compañía Colombiana de Seguros del pago de perjuicios «por la creencia equivocada de que no existe prueba alguna de que la Compañía le hubiera impedido al señor Hoyos la inmediata reconstrucción de los edificios incendiados,» error que basaba el recurrente en que los testimonios sobre el hecho habían sido mal interpretados. La Corte sostiene que un testigo que al deponer no precisa el día, la hora y las demás circunstancias del hecho a que se refiere, que no cita documentos, cartas o papeles de cualquier clase que hayan mediado en el asunto y que se refiere solamente al público conocimiento de ese hecho alegado, declara sobre palabras, a las cuales es aplicable el artículo 609 del Código Judicial, hoy artículo 699 del nuevo Código Judicial (Ley 105 de 1931).

Dice así la Corte:

«Y en verdad que, examinados atentamente los testimonios de que se trata, no constituyen la prueba que pretende el autor del recurso. Restrepo manifestó poder declarar que por disposición de Aguirre Plata le fue impedida al señor Hoyos la reconstrucción de los edificios destruídos y averiados

(1) Artículos 521 y siguientes del nuevo Código Judicial (Ley 105 de 1931).

(2) Concordancias: números 5, 1717, 1721, 2019, 3947, 3954, tomo 1º, «Jurisprudencia de la Corte,» números 8, 483, 3326, 3903, tomo 3º

(3) Artículos 521 y siguientes del nuevo Código Judicial.

Págs.

por el incendio del ingenio, y que por tal prohibición los trabajos industriales estuvieron paralizados por un lapso mayor de un año. Repreguntado el deponente, contestó que por el transcurso del tiempo no le era dable afirmar el día, la hora y las demás circunstancias del hecho, que no podía citar documentos, cartas o papeles de cualquiera clase que mediaran en el asunto y que se reafirmaba en el hecho evidente y de público conocimiento de que a Hoyos se le impidió la reconstrucción. Se desprende de esta declaración que la prohibición atribuída a Aguirre Plata no fue comunicada por escrito, sino de viva voz, y siendo así, el testigo ha debido referir el contexto de las palabras del agente de la Compañía, con arreglo al artículo 609 del Código Judicial.» (Casación, agosto 27 de 1930), XXXVIII 127, 2ª

TESTIGOS. 323—Se quiso probar el valor de un caballo con declaraciones de testigos que lo conocían, contra principios generales y manoseados de Derecho Procesal que establecen absoluta diferencia entre la prueba testimonial y la pericial.

«Los testigos deponen sobre los hechos sujetos a los sentidos, es decir, sobre lo que ven, oyen, gustan o palpan, al paso que los peritos conceptúan sobre lo que entienden o juzgan de acuerdo con las reglas o principios a que pertenece el punto sobre que versa su dictamen» (1). (Sentencia, agosto 20 de 1930), XXXVIII..... 160, 2ª

TÍTULO DE MINAS. 324—En un juicio ordinario en que el denunciante de una mina asumió el papel de actor y en que fueron rechazadas las pretensiones de la demanda, se intentó recurso de casación contra la sentencia del Tribunal. Alegó el recurrente que la falta de revalidación del título sobre una mina acarreaba implícitamente la violación directa de los artículos 1.° y 13 de la Ley 38 de 1887 y 129 a 133 del Código de Minas.

No prosperó el recurso ante la Corte, la cual, citando una doctrina anterior de la misma, dijo lo siguiente:

«Como la cuestión que plantea el recurrente en este motivo, está ya decidida por la Corte en otras ocasiones, conviene reproducir la doctrina asentada en fallo del año de 1928.

Dice así:

'El artículo 4º, ordinal 2º, del Código de Minas, reconoce el dominio de ellas a quienes lo hubieran adquirido a título de adjudicación otorgada por el Estado o por cualesquiera otros medios traslativos de dominio. Confirma esta declaración el artículo 459, inciso 2º, el cual ordena que las controversias y los pleitos sobre actos, derechos y obligaciones anteriores a la vigencia del Código de Minas adoptado como ley nacional, se decidirán con arreglo a las leyes vigentes cuando se ejecutó el acto, se adquirió el derecho o se contrajo la obligación. Estas disposiciones no son sino aplicación y desarrollo de la garantía que ampara los derechos civiles establecida por el artículo 31 de la Constitución. Esta ordena:

'Los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles por personas naturales y jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.' Quiere esto decir que un título de minas expedido con todos los requisitos legales a favor de un adjudicatario, no puede estar sujeto a revalidación ulterior impuesta por el legislador, sino que tiene todo el valor y efecto que le daban las leyes coetáneas.

«Y agrega aquel fallo:

'Por estas y otras razones dijo la Corte en la sentencia del 4 de junio ya citada: No puede llegarse a la conclusión de que la falta de tales diligencias—las de revalidación—acarrearan la pérdida o extinción del derecho para quien ya tuviera un título legalmente expedido, ni menos que esa falta implicara abandono; pues sobre el particular son suficientemente explícitas las disposiciones que en seguida se insertan del Código de Minas:

'Si se rechazare alguna solicitud de las que se hagan conforme al artículo 129, no por eso se entenderá que pierde sus derechos el respectivo interesado. Los documentos en que se fundan tales derechos conservan la fuerza y validez que deben tener según las disposiciones legales que regían cuando se expidieron' (artículo 134). Y la Corte declaró también en esa misma sentencia que siendo las causales de abandono legal de una mina taxativas y específicamente determinadas en el artículo 345 del Código de Minas con sus concordantes, el abandono pretendido por el recurrente carece de base.» (Casación, diciembre 13 de 1930), XXXVIII..... 382, 2ª y 383, 1ª

TÍTULOS. 325—En un juicio de reivindicación en que se hizo referencia a uno de deslinde, se alegó en demanda de casación contra la sentencia del Tribunal, que había incurrido en error de derecho cuando no estimó que con ciertas declaraciones de testigos se había comprobado la posesión del demandante sobre el terreno en litigio. «Nada se oponía, dijo el recurrente, a que el Tribunal, a falta o por deficiencia de otros títulos, reconociera al señor Arango derecho de dominio sobre la totalidad del terreno que se ha propuesto reivindicar, por haberlo poseído con las condiciones legales por más de cuarenta

(1) Constante es sobre el punto la jurisprudencia de la Corte, de acuerdo con principios elementales de Derecho Procesal: número 3254, tomo 3º, «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

años. No tiene razón el Tribunal, agrega, cuando afirma que cualquier acto posesorio que se haya querido acreditar carece de importancia en el debate.»

Dice la Corte: «Suponiendo que se hubieran probado actos de posesión sobre los terrenos en disputa, por parte del señor Arango, no era obligatorio para el Tribunal tenerlos en cuenta como elemento ilustrativo para variar la línea del deslinde, si de otro lado, del examen de los títulos, halló que parte de tales terrenos no pertenecían al demandante. Es cierto que en defecto de los títulos puede ser dato aprovechable para fijar un lindero la posesión que aleguen los interesados; pero en todo caso prefieren las voces de los títulos.» (1). (Casación, número 1877, marzo 9 de 1931), XXXVIII 556, 2ª

TÍTULOS DE DOMINIO SOBRE TERRENOS QUE SE DICEN BALDÍOS. 326—En un juicio de oposición a la adjudicación de unos terrenos como baldíos presentaron los opositores títulos de dominio, los cuales fueron tachados de no acreditarlo, porque según el artículo 61 del Código Fiscal son imprescriptibles las tierras baldías. Se afirmó en el recurso de casación que con unas cuantas escrituras de venta que datan de 1904, aunque hagan serie y perfectamente engranen y se sucedan, no puede comprobarse el dominio que halló el Tribunal. Preciso era, se decía, exhibir las escrituras desde una anterior al primer texto sobre imprescriptibilidad de las tierras baldías, como que uno es dueño porque lo fue su antecesor y pudo transmitir su dominio y así hasta el origen de la propiedad.

«El recurrente reproduce en esta ocasión la consabida teoría de prueba llamada del diablo, que ha sido confutada otras veces por esta Superioridad y sustituída por otra que consulta la estabilidad del derecho de propiedad y obedece a los principios sobre correlación de los de la cosa juzgada. Entre dos litigantes que aducen títulos de propiedad literales y preconstituídos, prevalece el de más antigua data; el título que se opone al poseedor material, cede a la presunción de dominio que favorece a éste, si la posesión ha antecedido al título escrito; y por el contrario, éste predomina sobre ella, cuando le es anterior. Este último es el caso que ocurre en este juicio. Los denunciantes del baldío solicitaron su adjudicación a título de colonos, agregando a la suya la posesión material de varios antecesores, también cultivadores, cuya posesión a su vez databa de diez años computados hasta la fecha en que se inició el juicio (22 de mayo de 1924). Los títulos aducidos por los opositores, arrancan del año de 1904, es decir, anteceden en diez años a la posesión invocada por los colonos denunciantes.» (Casación, noviembre 21 de 1930). XXXVIII. 302, 1ª

TRADICIÓN DE BIENES RAÍCES. 327—A. vendió a B. unos bienes raíces; dos días después vendió los mismos bienes a C., y éstos registraron su escritura de compra antes que lo hiciese el primer comprador, quien no pagó realmente el precio de los bienes vendidos, aunque en la escritura se aseverase esa circunstancia. La viuda y los herederos del vendedor A. demandaron al primer comprador para la resolución del contrato de compraventa por falta de pago del precio y para otros extremos, perdiendo el pleito ante el Juzgado y el Tribunal. Recurrieron en casación ante la Corte por varios motivos; uno de ellos se dirigió contra el fundamento de la sentencia que sostiene que el artículo 1880 del Código Civil toma los vocablos *tradición* y *entrega* de idéntica manera, y que tratándose de la entrega o tradición de inmuebles, ésta sólo es posible jurídicamente mediante la inscripción del título en la respectiva oficina, de tal modo que si hay dos títulos de una misma cosa, correspondientes a dos personas, la entrega o tradición de la cosa solamente se verificará con relación al primero que registre su título, y no al que lo registre después.

Hé aquí la doctrina de la Corte:

«No es exacta, ciertamente, la sinonimia que en concepto del Tribunal existe en los vocablos *tradición* y *entrega*, expresados en el artículo 1880 del Código Civil. Perfeccionado un contrato de compraventa de bienes raíces, desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio y el otorgamiento *ad solemnitatem* de la escritura pública respectiva, existe tan sólo un justo título, hábil para transmitir el dominio, y que da al comprador un derecho a la cosa, *jus ad rem*, pero el dominio de ella no se enajena por el vendedor al comprador, ni éste lo adquiere, sin la tradición o *modus adquirendi*, que en este caso se efectúa por medio de la inscripción del título en la Oficina de registro de instrumentos públicos. Perfeccionado un contrato de compraventa en la forma establecida por el artículo 1857 del Código Civil, nace, entre otras, la principal obligación del vendedor de entregar la cosa, obligación que no consiste tan solamente, como lo afirma el Tribunal, en la tradición legal por medio del registro, sino la de transmitirle también la posesión física o material de la cosa. El artículo 1880 significa, según lo tiene declarado la Corte, que la obligación de entregar la cosa vendida ha de tener en su cumplimiento dos efectos necesarios, transmitir la propiedad al comprador, esto es, el derecho de tener y poseer la cosa a título de dueño, *rem licere habere*, y transferirle la libre posesión, no solamente cívica sino física, exenta de todo obstáculo, tanto de parte del vendedor como de terceros, *vacuan possessionem*. Y en aplicación

(1) Cuando los títulos son oscuros, bien puede invocarse en los deslindes el hecho de la posesión: número 1246, tomo 3.º, «Jurisprudencia de la Corte.»

Págs.

de estos principios, la Corte ha declarado también que 'con la sola inscripción o registro del título de compraventa de una finca raíz, no queda cumplida en todo caso la obligación del vendedor de hacer entrega de la cosa vendida. La posesión material que le permite el goce de los servicios y frutos de la finca, no se realiza por el solo registro de la escritura.' Pero si la interpretación del artículo 1880 hecha por el Tribunal, en sentido absoluto no es exacta, no por ello afecta el fallo, porque éste se basa principalmente en el artículo 1873 del Código Civil, porque se trata de averiguar, entre dos ventas sucesivas de una misma cosa a dos personas distintas, cuál debe prevalecer, y aquella disposición legal otorga la preferencia al comprador que haya entrado en posesión; y cuál ha de ser ésta, si la civil o la física, es punto que está decidido por la Corte reguladora: 'Cuando se trata de bienes raíces, la posesión y la entrega que deben considerarse para los efectos del artículo 1873 del Código Civil, son las producidas por el registro del título, desde luégo que verificada la inscripción, el vendedor deja de ser dueño y nada puede transmitir al segundo comprador.' (Casación de 21 de febrero de 1920). Aunque rectificable, pues, la tesis del Tribunal relativa al artículo 1880 sobre identidad entre tradición—*modus adquirendi*—y entrega material—posesión física—el fallo es, sin embargo, correcto, en cuanto se apoya en el artículo 1873.» (Casación, octubre 2 de 1930), XXXVIII 97, 1ª y 2ª

TRANSACCIÓN. ENUNCIACIONES EXTRAÑAS A SU OBJETO ESPECÍFICO. 328—(Véase la doctrina contenida en el número 117).

V

VENTA DE DERECHOS HERENCIALES DE MUJER CASADA VINCULADOS EN CUERPO CIERTO. 329. Heli Mahecha Z., en su carácter de cesionario de derechos, demandó ante el Juez 5.º del Circuito de Bogotá a Francisco Montaña para que se declarase que pertenecían a la sucesión de la señora Clotilde García o González o Becerra de Barreto una cuota determinada de derechos en una casa con el terreno en que está edificada y un lote contiguo, y el valor de los frutos o arrendamientos correspondientes a ese derecho o cuota parte, percibidos por el demandado en varios años, para lo cual se fundó el actor en que la señora García o González o Becerra de Barreto y su esposo Justo Barreto, por una parte, y Francisco Montaña, por otra, celebraron un contrato de permuta en virtud del cual la señora de Barreto transfirió el dominio de los derechos en su casa sin llenar los requisitos que prescribe el artículo 1810 del Código Civil, es decir, la licencia judicial correspondiente. Fallado el pleito en consonancia con las pretensiones del actor, el Tribunal revocó el fallo y el actor acudió en demanda de casación ante la Corte, invocando, además de la causal segunda, la primera de casación (artículo 2.º, Ley 169 de 1896) y sosteniendo que el Tribunal había incurrido en error de hecho evidente al estimar que lo permutado por la señora de Barreto fue un derecho hereditario solamente y no una casa, un cuerpo cierto, como pretendía; sostuvo, pues, que habían sido violados los artículos 1810 y 1791 del Código Civil que exigen licencia judicial cuando hayan de enajenarse bienes raíces de la mujer casada.

La Corte, al considerar con el Tribunal sentenciador que lo permutado fueron simples derechos herenciales sobre una casa y no la misma casa, sentó la siguiente doctrina:

«... Respecto a la debatida cuestión referente a si la venta de derechos hereditarios de mujer casada, cuando en la herencia hay bienes raíces, requiere la formalidad de la licencia judicial prevenida por el artículo 1810 del Código Civil, la Corte, en reciente sentencia, ha llegado a la conclusión siguiente: 'La Corte, no sin reconocer que militan razones de conveniencia a favor de la tesis del permiso judicial para la enajenación de derechos hereditarios de mujer casada, ha sostenido en varios fallos la doctrina sustentada por la sentencia de 1898, cuyo principal fundamento estriba en la verdad jurídica de que los derechos de herencia, aunque se refieran a determinados bienes, no son una especie o cuerpo cierto.' Y es que para variar una doctrina que ha subsistido cerca de veintinueve años, y a cuyo amparo pueden haberse ejecutado múltiples transacciones y creado muchos derechos, es preciso llegar al convencimiento de que sea manifiestamente errónea, lo cual no sucede en el presente caso; pues la interpretación dada al artículo 1810 del Código Civil, tiene atendibles fundamentos.» (1), (2), (3). (Casación, 28 de junio de 1930, *Gaceta Judicial* número 1865)... 3, 2ª

VENTA DE TERRENOS BALDÍOS. 330—(Véase la doctrina contenida en el número 239).

— DE UN MISMO BIEN RAÍZ A DOS PERSONAS. 331 —A. vendió a B. unos bienes raíces: dos días después vendió los mismos bienes a C. y a D. y éstos registraron su escritura de compra antes que lo hiciera el primer comprador. Demandado B. por los herederos y la viuda del vendedor para la resolución del contrato por falta de pago del precio, la Corte, en el recurso de casación que se interpuso contra la sentencia del Tribunal de Bogotá,

(1) De conformidad con la Ley 28 de 1932, la mujer es hoy absolutamente capaz para disponer de sus bienes en cualquier forma; está, por tanto, derogado el artículo 1810 del Código Civil.

(2) Concordancias: números 451, 1400, 3446, tomo 1.º, 220, tomo 2.º, de la «Jurisprudencia de la Corte.»

(3) Concuerda también con esta doctrina la jurisprudencia de los Tribunales: «Doctrinas legales del Tribunal Superior de Ibagué» número 514.

Págs.

no la casó y expuso sobre el punto esta doctrina:

«.... El fallo... se basa principalmente en el artículo 1873 del Código Civil, que es el aplicable al caso del pleito, porque se trata de averiguar entre dos ventas sucesivas de una misma cosa a dos personas distintas, cuál debe prevalecer, y aquella disposición legal otorga la preferencia al comprador que haya entrado en posesión; y cuál ha de ser ésta, si la civil o la física, es punto que está decidido por la Corte reguladora:

«Cuando se trata de bienes raíces, la posesión y la entrega que deben considerarse para los efectos del artículo 1873 del Código Civil, son las producidas por el registro del título, desde luégo que verificada la inscripción, el vendedor deja de ser dueño y nada puede transmitir al segundo comprador» (1). (Casación de 21 de febrero de 1920). (Casación, octubre 2 de 1930), XXXVIII..... 97, 2ª

VENTA DE UN MISMO BIEN RAÍZ A DOS PERSONAS. 332—Rogelio Torres vendió una finca raíz situada en Chía, partido de Bojacá, a Apolonio Torres y éste le vendió la misma finca a José Torres. Años después vendió Rogelio Torres a Aristóbulo Palacios una parte de la finca vendida a Apolonio Torres. El adquirente de ésta, José Torres, demandó en juicio ordinario a Rogelio Torres para que se le condenase a restituir la finca y así lo decretó el Tribunal en su fallo, contra el cual recurrió en demanda de casación Rogelio Torres alegando que fueron violados por omisión los artículos 740, 741, 742, 743, 745, 759 a 762 del Código Civil, porque «habiendo enajenado Rogelio Torres el terreno de los mojones que se hallan en línea recta hasta las paredes que separan ese predio del de propiedad del señor Federico Nieto, el Tribunal desconoció por sí y ante sí ese título y ordenó entregar al señor José Torres un predio que no es propiedad del demandado ni lo poseía dicho señor.»

La Corte sienta esta doctrina:

«El cargo quiere decir que, en virtud de esto, se le negó a Rogelio Torres el carácter de tradente del lote a Palacios, a éste el de adquirente, al contrato consignado en la escritura número trescientos cuarenta y seis, debidamente registrado, la calidad de título traslaticio de dominio, etc. Observa la Corte que el Tribunal, para adoptar la conclusión que ahora se combate, razona en el sentido de que la venta hecha por Rogelio Torres a Aristóbulo Palacios no produjo efecto, por el motivo de que, al tiempo de ejecutarla, Rogelio ya no tenía el dominio, el cual había pasado a Apolonio. 'Si, según el artículo 752 del Código citado, por medio de la tradición no se adquieren otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa, no teniendo Rogelio ningún derecho sobre el terreno al tiempo en que lo vendió a Palacios, éste tampoco pudo adquirir nada.' Como se advierte, el Tribunal consideró este asunto desde el punto de vista de las dos ventas que hizo Rogelio Torres del mismo terreno, primero a Apolonio Torres y después a Aristóbulo Palacios, y dedujo que, como es válida la primera venta, por medio de la segunda ya no pudo transmitirle Rogelio a Palacios un dominio que había salido de su patrimonio. Punto de vista es éste que tiene sólido fundamento en el artículo 1873 del Código Civil, y de aquí que el sentenciador no hubiera errado cuando desconoció la calidad de tradente y de adquirente en los contratantes de la segunda venta. No hubo, pues, violación de las disposiones legales citadas al no aplicarlas al caso del señor Palacios.» (Casación, XXXVIII, número 1865, julio 30 de 1930)..... 17, 1ª y 2ª

VEREDICTO. 333—(Véase la doctrina que contiene el número 251).

— 334—(Véase la doctrina contenida en el número 8).

— QUE CONTIENE UNA RESPUESTA AFIRMATIVA ABSTRACTA. 335—El cuestionario propuesto a un Jurado sobre si el acusado era responsable de haber matado a N. voluntariamente, con intención de matar y con premeditación, fue contestado así: «Sí, sin premeditación, mediando alguna provocación por parte del occiso.» El Juez condenó al acusado a la pena de seis años de presidio, aplicando el artículo 600 del Código Penal, calificada la delincuencia en ínfimo grado, y el Tribunal a la de nueve años, por calificación en segundo grado. Alegó el recurrente que al responder los Jueces de hecho «mediante alguna provocación por parte del occiso,» quisieron expresar que el hecho se realizó a causa o por razón de una provocación que al homicida le hizo el que murió, y que aun cuando no expresaron cuál fuese esa provocación, ella se deduce de lo que manifestaron algunos testigos, o sea, que el occiso, al contestar la despedida del homicida, le dijo: «¡Adiós, hijo de putal» y que así se había visto obligado éste a matarle. Se concluyó que erró de derecho el Tribunal al aplicar la pena señalada por el artículo 600 en vez de la del 602 del Código Penal.

Dijo la Corte:

«Si bien es verdad que el Jurado en su veredicto manifestó que el hecho ejecutado por el encausado se había cometido mediante alguna provocación por parte del muerto, no es menos cierto que la respuesta afirmativa, dada en esa forma, es sobremodo abstracta, y no puede decirse que se refiera a la provocación a que alude el recurrente, porque si tal hubiera sido el intento del Jurado, fácilmente hubiera podido decirlo de

---

Concordancias: 3067, 3108, 1419, tomo 1.o, 1694, 2123, 2127, 2586, tomo 2.o, y 3356, 3396, 4056, 4065, tomo 3.o, de la «Jurisprudencia de la Corte.» Concuerda también la Jurisprudencia del Tribunal de Ibagué: «Doctrinas Legales» número 517, obra del doctor Antonio Rocha.

Págs.

manera clara y nítida. Ahora bien, un homicidio como el que trata el veredicto de los jueces de conciencia, queda indefectiblemente comprendido dentro de uno de los casos que contempla el numeral 1º del artículo 587 del Código Penal, al cual corresponde la penalidad de que habla el artículo 600 del mismo Código, pues se trata de un homicidio simplemente voluntario, según el propio veredicto, ya que de éste no se desprende la circunstancia de que sea uno de los casos previstos en alguna disposición especial. Verdad es, como lo expresa el señor Procurador, que el inciso 2º del artículo 602 dice que se aplicará la pena de tres a seis años de reclusión a los delitos que a juicio del Juez sean menos graves, entre los definidos en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587; pero, claro está, para llegar a ese resultado es preciso que el Juez haya formado juicio favorable al concepto de que el delito de que se trata es de los menos graves, juicio que naturalmente se basa en determinadas circunstancias comprobadas en el proceso; y aquí no resulta tal cosa, ya que el Juez a quo consideró que la modificación introducida por el Jurado no incluyó el concepto de que la provocación se verificó en el acto mismo en que el provocado reaccionó y causó la muerte al provocador, y ya que el Tribunal supone en la sentencia recurrida lo siguiente: 'El delito imputado a García L. es, como se sostiene en el fallo que se revisa, el de homicidio simplemente voluntario, definido por el artículo 587 del Código Penal, inciso 1º, y castigado en el 600 de allí, con la pena de seis a doce años de presidio; la modificación que contiene el veredicto, al reconocer de una manera vaga que hubo una provocación por parte del occiso, no da margen para enmarcar el caso dentro de alguna disposición especial que atenúe excepcionalmente aquella sanción. El Jurado no reconoció de una manera expresa que esa provocación hubiera consistido en la expresión injuriosa que algunos declarantes ponen en manos del agredido a mano armada. Tampoco se calificó la provocación como grave, ni se explicó si ella ocurrió en el acto mismo del homicidio.' (Casación, marzo 24 de 1931), XXXVIII ..... 467, 2ª y 468, 1ª

Págs.

VIOLACIÓN DE LEY. 336—En un juicio ordinario sobre separación de bienes en que la actora perdió el pleito iniciado contra su esposo, se recurrió en demanda de casación contra la sentencia del Tribunal, y se alegó que se había violado el artículo 2.º de la Ley 8.ª de 1922, en relación con el numeral 4.º del artículo 154 del Código Civil. Argumentó la recurrente que aunque el Tribunal copió el aparte de la sentencia de primera instancia en que el Juez habla del abandono del demandado en cuanto a sus deberes de padre y marido, no estudió esa causal de separación.

«Si fuera cierto, como lo afirma el recurrente, que el Tribunal dejó de considerar y decidir esta causal, la acusación del recurrente, por violación de las disposiciones arriba citadas, estaría fuera de lugar, porque no puede haber violación de ley cuando el juzgador no tiene ocasión de aplicarla.» (Casación, XXXVIII, número 1867, septiembre 27 de 1930)..... 94, 1ª

TABLA

de las disposiciones constitucionales, legales y administrativas interpretadas por la jurisprudencia de la Corte en el presente tomo XXXVIII.

CONSTITUCION NACIONAL

Artículos	Números
2	209
4	100, 101
5	100
15	205
19	210
26	5, 31, 58, 75, 177, 202
31	2, 88, 20, 225
33	139
45	301
57	86, 87, 88, 198, 203, 211
58	86, 87, 88, 198, 203, 211
76	86, 87, 88, 141, 174, 198, 203, 204, 207, 211, 213
120	88, 209
151	190, 192
156	112, 115
168	175,
188	100, 101
204	93

ACTOS LEGISLATIVOS

Artículos	Números
NÚMERO 1.° DE 1898	
Unico	89, 91, 93, 204
NÚMERO 3 DE 1905	
3	100
NÚMERO 3 DE 1910	
1	215
3	59, 223, 246
4	209
5	84, 209
6	87
33	141, 204
41	5, 177, 202, 212, 215
69	89, 91, 93, 204
70	209
NÚMERO 1.° DE 1918	
1.°	205
NÚMERO 1.° DE 1921	
1.°	2

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
28	175
63	79
154	311, 312, 336
169	218
180	286
239	201
240	166, 200
249	166, 200
257	67
258	67
315	210
331	219
586	15, 210

CODIGO CIVIL (Continuación).

Artículos	Números
595	15
598	15
739	4
740	332
741	332
742	332
743	332
745	332
752	284
759	332
762	6, 258, 282, 332
765	154, 274
766	285
769	219
789	260
791	260
879	183, 314
930	7
939	270, 315
940	270, 315
946	6, 282, 283, 286
949	283
950	6, 282, 283, 286
951	283
1008	199
1011	199
1016	94, 248
1055	199
1068	210
1138	240
1155	7, 109, 296
1165	199
1167	199
1174	199
1256	67
1289	99, 290
1290	99, 290
1292	99, 290
1326	262
1375	199
1388	112
1398	28, 248
1401	7, 109, 295
1402	199
1405	199
1410	199
1497	64, 140, 147
1516	218
1517	64, 140, 147
1546	7, 109, 253, 293, 296
1555	240
1579	64, 140, 147
1581	7, 109
1602	240
1609	292
1613	253
1614	253
1617	253
1620	182
1634	245
1668	148
1690	228
1693	130
1694	228
1708	140, 147, 148
1714	66
1715	66
1740	34, 45, 187, 235
1741	34, 45, 187, 235
1748	285
1753	68
1760	318
1765	117, 140, 328

CODIGO CIVIL (Continuación).

Artículos	Números
1781	28, 286
1791	329
1793	28
1799	199
1810	329
1857	327
1871	260
1873	292, 327, 331, 332
1880	327
1898	329
1907	218, 219
1930	109, 292, 293, 296
1947	291
1950	291
1960	227
1961	227
1963	227
2008	18
2019	18
2020	18
2041	16
2103	289
2105	289
2144	221
2184	66
2186	220
2260	14
2300	102, 259
2318	67
2364	64, 140, 147
2366	64, 140, 147
2369	64, 147,
2371	64, 140, 147
2373	140, 147
2374	60, 140, 147
2380	64, 140, 147
2381	148
2382	148
2393	140
2394	64, 140, 147
2395	64, 140, 147
2397	64, 140, 147
2434	68
2469	240
2483	240
2485	117, 328
2516	64, 140, 147
2526	260
2531	260
2535	102, 259
2604	125
2641	279
2652	278
2683	188

CODIGO DE COMERCIO

Artículos	Números
465	318
535	289
537	289
541	289
567	149
583	149
642	304
656	304
743	38
953	129
957	129, 146, 148

CODIGO PENAL

Artículos	Números
3	218
4	97
10	219
16	219
17	153
18	175
54	250
57	183, 249
71	183, 249
75	83
93	261
95	261
98	261
123	61, 150
140	280
141	280
142	281
147	183, 249
564	3
578	155
587	59, 62, 157, 158, 160, 163, 222, 243, 334, 335
595	110
600	21, 60, 156, 158, 160, 161, 163, 222, 251, 333, 334, 335
601	160
602	21, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 163, 222, 335
603	159, 160, 162
604	156, 160, 161, 162, 193, 251, 333
605	160, 162
608	159
611	8, 334
615	246
618	246
631	110
645	152
646	152
647	152
648	152
649	152
650	152
651	152
652	152
653	152
654	152
655	152
660	152
661	152
662	152
820	95, 128, 142

CODIGO JUDICIAL

Artículos	Números
216	257
273	109, 296
321	113,
366	128, 142
374	7
482	40, 130, 131
542	34, 67
543	34, 67
545	266
561	70
562	69, 70, 294
575	68
590	170
653	24

CODIGO JUDICIAL

(Continuación).

Artículos	Números
[illegible]	108, 252, 268
679	28, 117, 186, 328
681	82, 186
686	82
789	12
817	105
824	310
831	74
835	307
864	125
899	271
905	271, 272
1096	136
1098	137
1500	254
1512	77
1620	131
1722	17
1885	298

NUEVO CODIGO JUDICIAL

(Ley 105 de 1931)

Artículos	Números
1	86
2	86
110	86, 198
210	109, 296
341	30, 130, 131
342	138
448	135
449	135
466	307, 310
482	261
508	71
513	271
515	271, 272
520	187, 235
549	135
608	294
609	322
631	82, 117, 186
632	328
665	170
699	322
719	108, 252, 268
723	186
860	125
885	189
1059	136

CODIGO FISCAL

Artículos	Números
29	88
44	239, 330
46	26
60	26
61	26, 326
65	65, 80, 242
66	242
67	242
72	195, 244
74	115, 244
77	244
79	65, 80
80	195

CODIGO DE MINAS

Artículos	Números
8	25, 224
14	25
70	103
72	103
94	25, 224
129	225, 324
134	225, 324
164	103
341	25, 224
345	1, 48
346	25, 224, 225, 324
353	25, 224
459	225, 324

LEYES CITADAS

LEY 292 DE 1875

Artículos	Números
18	103
27	273
45	103

LEY 38 DE 1877

Artículos	Números
1	225
6	224
13	225

LEY 48 DE 1882

Artículos	Números
3	239

LEY 38 DE 1887

Artículos	Números
1	324
13	324

LEY 57 DE 1887

Artículos	Números
22	201
38	276, 279
113	254
243	165, 194, 236
263	42
264	42, 118, 124, 127, 145, 234, 238
265	13, 194, 230, 231, 232
266	233, 234
277	194
299	151
304	193

LEY 153 DE 1887

Artículos	Números
28	172, 188
93	263

LEY 27 DE 1888

Artículos	Números
13	3, 04

LEY 30 DE 1888

Artículos	Números
....	45, 187

LEY 147 DE 1888

Artículos	Números
40	189, 195

LEY 19 DE 1890

Artículos	Números
....	83

LEY 95 DE 1890

Artículos	Números
15	45, 180, 187, 235
79	186, 214
95	106
109	274
196	274
345	234, 238

LEY 105 DE 1890

Artículos	Números
51	39, 138

LEY 105 DE 1890

(Continuación).

Artículos	Números
79	4, 314
113	135
131	135
202	135
333	10
345	343, 23, 118, 124, 127
346	42
760	314

LEY 100 DE 1892

Artículos	Números
1	86
79	60

LEY 169 DE 1896

Artículos	Números
2	49, 50, 52, 53, 54, 55, 293, 329
7	190, 191, 192, 195
17	261
29	71
34	70, 295
39	254
47	23

LEY 24 DE 1898

Artículos	Números
....	93

LEY 42 DE 1898

Artículos	Números
....	277

LEY 72 DE 1898

Artículos	Números
....	89

LEY 17 DE 1905

Artículos	Números
....	100

LEY 46 DE 1905

Artículos	Números
....	100

LEY 56 DE 1905

Artículos	Números
....	27, 241

LEY 3 DE 1907

Artículos	Números
....	172

LEY 36 DE 1907

Artículos	Números
....	27, 241

LEY 40 DE 1907

Artículos	Números
36	318
46	70
47	70
150	47, 321
151	46, 47, 220

LEY 1.ª DE 1908

Artículos	Números
7	100

LEY 8 DE 1909

Artículos	Números
12	288

LEY 33 DE 1909

Artículos	Números
....	300

LEY 65 DE 1909

Artículos	Números
6	100

LEY 81 DE 1910

Artículos	Números
27	47
28	321

LEY 110 DE 1912

(Véase Código Fiscal).

LEY 54 DE 1913

Artículos	Números
3	75, 223, 269

LEY 130 DE 1913

Artículos	Números
38	83

LEY 14 DE 1914

Artículos	Números
....	5, 177, 202

LEY 35 DE 1915

Artículos	Números
10	192
21	190
33	191

LEY 85 DE 1915

Artículos	Números
88	76
139	73, 84, 297
....	72

LEY 85 DE 1916

Artículos	Números
183	83
189	83

LEY 17 DE 1917

Artículos	Números
....	65, 80

LEY 59 DE 1917

Artículos	Números
19	76

LEY 68 DE 1917

Artículos	Números
1	129, 264

LEY 72 DE 1917

Artículos	Números
6	172
7	172

LEY 73 DE 1917

Artículos	Números
7	212, 215

LEY 34 DE 1918

Artículos	Números
6	212, 215

LEY 38 DE 1918

Artículos	Números
....	139

LEY 113 DE 1919

Artículos	Números
11	76

LEY 78 DE 1920

Artículos	Números
3	97

LEY 85 DE 1920

Artículos	Números
....	65, 80

LEY 90 DE 1920

Artículos	Números
3	46, 320
9	34, 37, 123

LEY 93 DE 1920

Artículos	Números
....	197

LEY 37 DE 1921

Artículos	Números
....	306

LEY 8 DE 1922

Artículos	Números
2	312, 336

LEY 32 DE 1922

Artículos	Números
....	305, 306

LEY 104 DE 1922

Artículos	Números
18	185
20	230
21	230
22	255
24	77, 254

LEY 105 DE 1922

Artículos	Números
2	281

LEY 20 DE 1923

Artículos	Números
....	129, 264

LEY 42 DE 1923

Artículos	Números
80	76

LEY 78 DE 1923

Artículos	Números
3	15, 23, 29, 30, 42, 44, 57, 58, 77, 127, 151, 163, 232, 238, 246, 250, 269, 334

LEY 68 DE 1925

Artículos	Números
4	212, 214

LEY 57 DE 1926

Artículos	Números
....	90, 208

LEY 67 DE 1926

Artículos	Números
1.°	192

LEY 62 DE 1927

Artículos	Números
....	128, 142

LEY 102 DE 1927

Artículos	Números
1.°	173
12	174

LEY 62 DE 1928

Artículos	Números
...	11, 205

LEY 68 DE 1928

Artículos	Números
....	230

LEY 69 DE 1928

Artículos	Números
2	86,
3	198

LEY 103 DE 1928

Artículos	Números
8	76

LEY 116 DE 1928

Artículos	Números
3	174

LEY 3.ª DE 1930

Artículos	Números
1	203, 212
4	202, 212

LEY 72 DE 1930

Artículos	Números
1	175
2	175

LEY 78 DE 1930

Artículos	Números
2	87
8	204

LEY 5.ª DE 1931

Artículos	Números
....	261

LEY 4.ª DE 1931

Artículos	Números
2.°	93

LEY 8.ª DE 1931

Artículos	Números
1.°	50

LEY 21 DE 1931

Artículos	Números
13	2, 205
15	206

LEY 37 DE 1931

Artículos	Números
52	207

LEY 41 DE 1931

Artículos	Números
3	93
4	93

LEY 58 DE 1931

Artículos	Números
25	176
27	176
28	176
32	176

LEY 72 DE 1931

Artículos	Números
....	90, 208

LEY 80 DE 1931

Artículos	Números
....	177, 202, 209

LEY 81 DE 1931

Artículos	Números
17	210

LEY 89 DE 1931

Artículos	Números
6	211

LEY 99 DE 1931

Artículos	Números
4	213

LEY 118 DE 1931

Artículos	Números
17	9

LEY 119 DE 1931

Artículos	Números
....	213

LEY 123 DE 1931

Artículos	Números
....	212, 215

LEY 28 DE 1932

Artículos	Números
....	329

DECRETOS

Número 44 de 1905, 72
Número 894 de 1915, 129, 264
Número 553 de 4 de abril de 1925 88, 179
Número 1796 de 23 de octubre de 1930, 92
Número 1261 de 23 de diciembre de 1930, 89, 91
Número 2166 de 24 de diciembre de 193 . . 9
Número 307 de 14 de febrero de 1931, 87
Número 426 de 2 de marzo de 183 , 92
Número 945 mayo 29 de 1931, 93
Número 1031 de 15 de junio de 1931, 93
Número 1116 de 30 de junio de 1931, 93
Número 1118 de 30 de junio de 1931, 92
Número 1278 de 1931, 90
Numero 2082 de 25 de noviembre de 1931, 213 y 86
Número 911 de 1932, 213

CODIGOS Y LEYES ESPECIALES CITADOS

Canon 1815, número 201

CODIGO CIVIL DE CUNDINAMARCA

Artículos	Números
1748	45, 187, 235
1749	45, 187, 235
1750	45, 187, 235

CODIGO FRANCES

Artículos	Números
1075	199
1076	199
1165	199
1193	199
1203	64, 140, 147
2257	102, 209

CODIGO ITALIANO

Artículos	Números
1189	64, 140, 147
1907	64, 140, 147

CODIGO SUIZO

Artículos	Números
96	64, 140, 147

Ley de las XII Tablas, 199
Novela 107 de Justiniano, 199
Ordenanza de 1735
Derecho galo romano, 199

INDICE ALFABETICO

TOMO XXXVIII

A

Págs.

ACUERDOS. Véanse los siguientes:
DE CORTE PLENA: número 7 de 1933, por el cual se deplora el fallecimiento del doctor Isaías Castro Vélez. 369
DE LA SALA DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL: número 131 de 1933, sobre competencia negativa entre los Jueces de Circuito de Caloto y Palmira 462
DE LOS TRIBUNALES: número 73 de 1932, del Tribunal de Bucaramanga, sobre condolencia por el fallecimiento del doctor José Jesús Hurtado 320

—.

Agudelo Manuel J. Nulidad de un proceso militar, por heridas 26
Alfaro Fernando y otro contra Aurelio Martín Melendro y otros. Nulidad de una partición 519
Alvarez Emeterio. Hurto de ganado mayor 463
Alvarez Francisco. Homicidio 216
Alvarez Rafael Antonio. Homicidio 106
Alzamora, Palacio & Compañía contra la Nación, por pesos 76
Angel Alejandro y Compañía contra la «Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial,» por pesos 371
Arango P. Agustín contra Francisco María Quijano. Restitución de una finca raíz 548
Arbeláez G. Ricardo. Recurso de hecho 380
Arenas Abraham. Se deplora su fallecimiento 41
Arjac Andrè Alexis y otro. Homicidio 145
Arredondo Luis D. contra Julio Arbeláez P. Rendición de cuentas 566

B

Baquero L. Alberto contra el Municipio de Bogotá. Indemnización de perjuicios 210
Baquero Rodolfo. Juicio de partición en la sucesión de éste 85
Barriga Páez Julio contra Ramón Matiz y otros. Reivindicación de un terreno 45
Bedoya Tránsito contra Julio Casañas. Separación de bienes 455
Bernard Enrique y otro. Tercería coadyuvante 41
Benítez Matilde contra Vicente Guerrero. Separación de bienes 90
Bernal Ana Tulia contra Felipe Forero. Separación de bienes 512
Bernal Angel María, Robo y homicidio 468
Borrero S. Joaquín y otro contra Isidra Salas y otros. Liquidación de una sociedad de hecho 136
Buenaventura José Gregorio contra Marco Antonio Andrade y otro. Dominio de un terreno 453 y 454

C

Cabarcas Daniel. Homicidio 214
Cabrales Eduardo y otro. Robo 472
Caicedo Castilla José Joaquín contra la Nación. Indemnización de perjuicios 168
Caicedo Primitivo contra Rubén Zambrano y otro, por pesos 445
Calderón Luis Francisco y otra. Homicidio 568
Calle C. Alfonso contra Manuel Salvador Lazcano. Oposición a la adjudicación de un terreno baldío 325
Camargo Marco M. Parricidio 73
Candela Demófilo contra Emilio Botero G. y otros. Deslinde de un terreno 202
Carrillo Rafael. Homicidio 256
CASACIÓN EN LO CIVIL. (Véase al fin de la C.)
Casasbuenas Simón contra Ignacio Guerrero y otros. Exclusión de bienes en los inventarios de unas sucesiones 57
Castro Jorge Gonzalo contra Eder & Bravo. Liquidación de una sociedad de hecho 64
Castro Salvador. Recurso de hecho 405
Castro Vega Carlos Arturo contra la Nación. Cumplimiento de una sentencia 230
Castro Vélez Isaías. Se deplora su fallecimiento 369
Cema Polo contra Ana María Bernal. Nulidad de una venta 457
Cepeda Arturo. Homicidio 528
Clavijo Pedro Alonso. Robo de ganado mayor 154
Cock A. Alfredo contra José J. Sierra C., por pesos 239
Cock, Sanín Villa & C.° contra el Municipio de Carolina, por pesos 562
Compañía colombiana de Tabaco contra el Departamento de Cundinamarca, por pesos 399
Competencia en materia criminal (Véase Acuerdo número 131 de 1933) 462
Comunidad de Guaca contra Antonio Montoya O. Reivindicación de un terreno 459
Cormane Juan B. Cargos de responsabilidad 361
Cualla de Fernández Elvira. Tercería coadyuvante 431
CASACIÓN EN LO CIVIL. Véanse los siguientes negocios:
Helí Mahecha Z. contra Francisco Montaña. Derechos a una sucesión 1
Francisco Elías contra José Francisco Robles Samper. Servidumbre de acueducto 5
Abel Domínguez contra Evaristo Naranjo y otros. Derechos herenciales 8
José A. Pinto y otros contra Sebastián Feijoo y otros. Deslinde y amojonamiento 9
Pedro Macías contra María Teresa Hallam de Vargas, por pesos 13
José Torres contra Rogelio Torres. Restitución de un terreno 15
Enrique Benard y otro. Tercería coadyuvante 41
Julio Barriga Páez contra Ramón Matiz y otros. Reivindicación de un terreno 45
Juan B. Villate contra Aminta Villate. Resolución de un contrato 48
Ana Manuela Laguna Cohén y otro contra Manuel María González Blanco. Propiedad de unos terrenos 54
Simón Casasbuenas contra Ignacio Guerrero y otros. Exclusión de bienes en los inventarios de unas sucesiones 57
Lucas Sandoval. Se declara desierto el recurso de casación contra una sentencia en la sucesión de éste 58
Carlos Dávila contra la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá. No se reforma ni se revoca un auto sobre desistimiento 59
Jorge Gonzalo Castro contra Eder & Bravo. Liquidación de una sociedad de hecho 64
Jeremías de J. Pardo y otros. Reforma del testamento de Ignacio Pardo 81
Hernando Guerrero. Desistimiento de un recurso de casación 84

NOTA: La tabla de las disposiciones citadas y el presente índice alfabético son obra de su autor, doctor Francisco Tafur Morales.

Págs.

Rodolfo Baquero. Partición de bienes en la sucesión de éste 85
Arturo Murillo. Se declara desierto un recurso de casación interpuesto por éste 87
Eloy Sanjuán contra Francisco Sanjuán Portillo. Servidumbre de tránsito 87
Enrique Reyes Angulo. Se declara inadmisible un recurso de casación interpuesto por éste ..... 89 y 90
Matilde Benítez contra Vicente Guerrero. Separación de bienes 90
Matilde Molina contra Rafael Galvis. Separación de bienes 93
Evangelina Chaparro de González y otro contra Marcelino González C. y otro. Resolución de un contrato.. 95
Ezequiel Hoyos contra la Compañía Colombiana de Seguros, por pesos 122
Esteban de Vargas y otro contra Vicente Arteaga Negrete. Reivindicación de un predio 128
Margarita Jaramillo de Jménez contra Teresa Arias Montoya. Restitución de una finca 132
Joaquín Borrero S. y otro contra Isidra Salas y otros. Liquidación de una sociedad de hecho 136
Juana María Gómez contra Floro Sánchez. Separación de bienes 138
Efraím Rendón contra Juan C. Medina. Restitución de unos inmuebles 138
Francisco Gaona. Se declara desierto un recurso de casación interpuesto por éste 141
Delfín Martínez contra el Banco del Sur en liquidación. Rendición de cuentas 181
Henry Eder. Se declara desierto un recurso de casación interpuesto por éste 186
Emilia Villa de González y otros contra Eladio y Domingo Ochoa. Tercería excluyente 186
Demófilo Candela contra Emilio Botero G. y otros. Deslinde de un terreno 202
Alberto Baquero L. contra el Municipio de Bogotá. Indemnización de perjuicios 210
Alfredo Cock A. contra José J. Sierra C., por pesos 239
Blas A. Vélez contra Fermín Tenorio. Nulidad de una partición 243
José María Piedrahita contra la venerable Orden Tercera de San Francisco, por pesos 244
Municipio de Girardot contra Hernando Villa. Cumplimiento de un contrato 282
Ramón Zuluaga. Se declara desierto un recurso de casación interpuesto por éste 283
Sixtina Ruiz viuda de Sánchez contra la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca. Pago de un seguro 283
Buenaventura Guzmán y otros contra Isaac Guzmán y otros. Derechos a unas mejoras 289
Guillermo E. Jimeno contra The Colombia Railway Company Limited. Indemnización de perjuicios 291
Germán Vélez M. y otro contra Glicerio Acevedo y otro. Oposición a la adjudicación de baldíos 299
Francisco A. Hernández V. contra Rosa Mártínez de Osorio y otros. Nulidad de un juicio mortuorio 302
José Ignacio Pardo C. contra Jeremías de J. Pardo y otros. Nulidad de un testamento 305
Ignacio Esparza contra Juan Carrillo y otro. Deslinde.... 306
Sociedad anónima de Urbanización Mutuaria contra Rafaela López de Arenas, por pesos 310
Carlos V. Soto. Se declara ejecutoriada la sentencia de 8 de marzo de 1930 del Tribunal de Bogotá, en un juicio en que éste era apoderado 313
Luis Villoria y otros contra Antonio Vengoechea. Reivindicación de una finca raíz 322
Alfonso Calle C. contra Manuel Salvador Lazcano. Oposición a la adjudicación de un terreno baldío 325
Germán Molina Callejas. Denuncio de una mina. No se admite un recurso de casación interpuesto por éste. 329
Heliodoro D. Rojas contra Ricardo Tirado Macías. Juicio ejecutivo 330
José María Sierra S. y Zoraida Cadavid de Sierra (sucesores de) contra Pedro Ignacio Uribe. Restitución de un terreno 332
José J. Escobar contra Anacleto Aguirre. División material de un terreno 334
Carlos Valenzuela Carrizosa contra Hernando Valenzuela y otros. Nulidad de una disposición testamentaria 338

Págs.

Belisario Mejía contra la Sociedad «Hijos de Diego Escobar & Compañía,» por pesos 351
Ana María Vera de Rico contra Antonio Rico. Nulidad de una compraventa 353
Dionisio Jaramillo. Se declara desierto un recurso de casación interpuesto por éste 354
Miguel Pérez Carranza. Partición de la sucesión de éste 369
Alejandro Angel y Compañía. Inc. contra la «Compañía Manufacturera del Sombrero Mundial,» por pesos.... 371
Iglesia parroquial de Zipaquirá contra Federico Rodríguez y otros. Restitución de un terreno 378
Ricardo Arbeláez G. Se admite un recurso de hecho interpuesto por éste 380
Germán Molina Callejas contra Aureliano Restrepo. Oposición al denuncio de una mina 381
Benjamín Sierra contra la sociedad «U.en & Compañía.» Indemnización de perjuicios 384
Gabriela Monedero contra José Vicente Plaza y otros. Resolución de un contrato 386
Elvira Cualla de Fernández y otros contra Fortunato Pinzón M. y otro. Tercería coadyuvante 431
Tiburcio Serrato contra Benjamín Bravo. Rescisión de un contrato 434
Gertrudis Pulido Rubio. Se declara desierto un recurso de casación interpuesto por ésta 438
Joaquín M. Monroy contra Numa Pompilio Lozano M. Resolución de unos contratos 439
Víctor María Pardo contra Francisco Herrera y otro. Nulidad de un testamento 442
Primitivo Caicedo contra Rubén Zambrano y otro, por pesos 445
Clímaco Fernández contra Amelia Rojas y otros. Servidumbre de tránsito 446
Manuel de J. Molina contra Inés Cabal de Guzmán. Reivindicación de unos lotes de terreno 450
José Gregorio Buenaventura Jiménez contra Marco Antonio Andrade y otros. Dominio de un terreno....453 y 454
Tránsito Bedoya contra Julio Casañas. Separación de bienes 455
Gregorio Mejía P. y otro contra María Peña de Osejo y otros. Denuncio de una mina 455
Polo Cema contra Ana María Bernal. Nulidad de una venta 457
Comunidad de Guaca contra Antonio Montoya O. Reivindicación de un terreno 459
Manuel Escobar y otros contra Romelia Escobar o Domínguez. Petición de herencia 501
Julio Villegas J. contra Micaelina Pinto R. Oposición a un deslinde 505
Luis Reyes Rojas y otros contra la «Sociedad Agrícola de Cusamán.» Nulidad de un remate 507
Ana Tulia Bernal contra Felipe Forero. Separación de bienes 512
Fernando Alfaro y otros contra Aurelio Martín Melendro y otros. Nulidad de una partición 519
Cayetano Pineda y otro contra Griselda Verjel de Quintero. Dominio de un terreno 524
Tulia Rodríguez de Castañeda contra María Ayarza V. Nulidad de una compraventa 545
Víctor Julio Riomaña contra los herederos de Julián Reyes. Nulidad de una hipoteca 547
Agustín Arango P. contra Francisco María Quijano. Restitución de una finca raíz 548
Justo Márquez contra Angustias Quintero. Dominio de un terreno 557
José David Delgado contra Fulgencio Benítez y otro. Propiedad de una mina 558
Cock, Sanín Villa & Compañía contra el Municipio de Carolina, por pesos 562
Luis Ernesto Mendoza contra José Jesús Villegas. Terminación de un contrato de arrendamiento 564
Luis D. Arredondo contra Julio Arbeláez P. Rendición de cuentas 566

CH

Chavarro de González Evangelina y otro contra Marcelino González C. y otro. Resolución de un contrato. 95
Chica Ramón Antonio. Homicidio 465

D

Págs.

Dávila Carlos. Sobre desistimiento en un juicio contra la Energía Eléctrica de Bogotá 59
Dávila T. Juan C. contra la Nación. Cancelación de un embargo 481
Decretos acusados. (Véanse al fin de la D.)
Delgado José David contra Fulgencio Benítez y otro. Propiedad de una mina 558
Departamento de Boyacá contra Francisco Antonio Rodríguez. Juicio ejecutivo ..... 156 y 539
Departamento del Cauca contra Miguel Varona Otero, por pesos 39
Departamento del Cauca contra el Hospital de San José y otros. Juicio de expropiación 232
Departamento del Tolima contra The Dorada Extension Railway Limited, por pesos 418, 425 482
De Restrepo José Félix. Se honra su memoria 428
De Vargas Esteban y otro contra Vicente Arteaga Negrete. Reivindicación de un predio 128
Díaz Lemos Angel María contra el Departamento de Antioquia. Cumplimiento de un contrato 266
Domínguez Abel contra Evaristo Naranjo y otros. Derechos herenciales 8

DECRETOS ACUSADOS:

Decreto ejecutivo número 553 de 1925 (artículos 3.°, letra *i*, y 21), sobre denuncio de bienes ocultos del Estado 485
Decreto ejecutivo número 1796 de 1930, sobre autorizaciones al Poder Ejecutivo 273
Decretos ejecutivos números 2161 y 2166 de 1930, sobre impuesto de consumo 235
Decreto ejecutivo número 246 de 1931, sobre autorizaciones al Poder Ejecutivo 273
Decreto ejecutivo número 307 de 1931, sobre impuesto de consumo 235
Decreto ejecutivo número 945 de 1931 (artículos 2.°, 6.° y 13), sobre impuesto de canalización 487
Decreto ejecutivo número 1031 de 1931 (artículo 2.° y 16), sobre impuesto de canalización 487
Decreto ejecutivo número 1116 de 1931, sobre impuesto de canalización 487
Decreto ejecutivo número 1148 de 1931, sobre autorizaciones al Poder Ejecutivo 273
Decreto ejecutivo número 1278 de 1931 (artículos 12 y 17), sobre descanso dominical 201
Decreto ejecutivo número 2082 de 1931 (artículos 1.° y 2.°), sobre organización judicial 497
Decreto ejecutivo número 911 de 1932, sobre contabilidad oficial y Contraloría 495

E

Eder Henry. Se declara desierto un recurso de casación interpuesto por éste 186
Elías Francisco contra José Francisco Robles Samper. Servidumbre de acueducto 5
Escobar Manuel y otros contra Romelia Escobar o Domínguez. Petición de herencia 501

F

Fernández Clímaco contra Amelia Rojas y otros. Servidumbre de tránsito 446
Fiscal del Tribunal de San Gil. Juicio sobre expropiación de unos terrenos en el Municipio de Cite, para el ferrocarril central del Norte 199

G

Gaona Francisco. Se declara desierto un recurso de casación interpuesto por éste 141
Gallo Vicente contra la Nación, por pesos 397
García Julio C. Homicidio 526
García L. Sergio. Homicidio 466
Garzón Jenaro y otra contra la Nación. Indemnización de perjuicios, por accidentes de trabajo 4 5

Págs.

Garzón Julio C. contra la Nación. Indemnización de perjuicios 363
Guerrero Hernando. Se admite el desistimiento de un recurso de casación 84
Guerrero Nicolás. Se niega la apelación de un acuerdo del Tribunal de Pamplona, sobre el ejercicio de la abogacía 427
Guerrero R. Nicolás. Admisión de un recurso de hecho interpuesto por éste 80
Gómez Francisco Antonio. Homicidio 535
Gómez Juana María contra Floro Sánchez. Separación de bienes 138
González García Alejandro. Cargos de responsabilidad.. 261
González Gregorio. Homicidio 360
Goyeneche Dionisio. Homicidio 531
Gutiérrez José contra el Departamento de Antioquia, por pesos 37
Guzmán Buenaventura y otros contra Isaac Guzmán y otros. Derechos a unas mejoras 289

H

Hernández Baldomero, por envenenamiento 392
Hernández V. Francisco A. contra Rosa Martínez de Osorio y otro. Nulidad de un juicio mortuorio 302
Holguín Ernesto. Homicidio 219
Hoyos Ezequiel contra la Compañía Colombiana de Seguros, por pesos 122
Hurtado José Jesús. Se honra su memoria 320

I

Iglesia Parroquial de Zipaquirá contra Federico Rodríguez. Juicio reivindicatorio 378

J

Jaimes Florencio. Homicidio 575
Jaramillo de Jiménez Margarita contra Teresa Arias. Juicio reinvindicatorio 132
Jiménez Arias Manuel. Homicidio 476
Jimeno Guillermo contra The Colombian Railway Company Limited, por perjuicios 291

L

Laguna Cohen Ana contra Manuel María González Blanco. Juicio reivindicatorio 54
La Nación contra Manuel M. Jiménez. Expropiación 116
La Nación contra The United Fruit Company. Juicio de deslinde 155
La Nación contra Justo Pastor Mora. Juicio ejecutivo 406
La Nación contra Luis Correa R. Juicio ejecutivo 408
La Nación contra Eduardo Gerlein & Compañía. Sobre derechos de importación 417
La Nación contra el Municipio de Natagaima. Expropiación 426
La Nación contra Gratiniano Fernández. Juicio ejecutivo. 478
La Nación contra Manuel F. Ochoa. Juicio ejecutivo 484
La Nación contra Vicente Córdoba. Expropiación 484
La Nación contra Manuel Madrid Alvis. Juicio ejecutivo. 536
La Nación contra los herederos de Ignacio Alvarino. Juicio ejecutivo 593
La Nación contra Ditta Moanack y Compañía, por dinero. 596
Leyes acusadas.
Ley 72 de 1917 (artículo 1.°) sobre, revisión de pensiones. 161
Ley 102 de 1927 (artículos 6.° y 7.°), sobre revisión de pensiones 161
Ley 3 de 1930 (apartes *b*) y *c*) del artículo 1.° y artículo 4.°), sobre autorizaciones al Poder Ejecutivo 273
Ley 72 de 1930 (artículos 1.° y 2.°), sobre sufragio de la fuerza armada 163
Ley 78 de 1930 (artículo 8.°), sobre impuesto de consumo. 235
Ley 21 de 1931 (artículos 13 y 15), sobre ejercicio de la abogacía 321
Ley 37 de 1931 (artículo 52), sobre petróleo 429
Ley 58 de 1931 (artículos 25, 27, 28, y 32), por la cual se crea la Superintendencia de Sociedades Anónimas 121

Págs.

Ley 72 de 1931, sobre descanso dominical..... 201
Ley 80 de 1931 (artículo 1.°), sobre explotación de petróleo..... 429-541
Ley 81 de 1931 (artículo 17), referente al impuesto sobre la renta..... 233
Ley 89 de 1931 (artículo 6.°), autorizaciones al Poder Ejecutivo..... 273
Ley 123 de 1931, sobre traslación de un Juzgado de Circuito..... 490
Loaiza Andrés M. Homicidio..... 108
López Aristides. Injurias..... 586
López Jesús contra el Departamento de Antioquia, sobre cumplimiento de un contrato..... 413
López Luis. Homicidio..... 142
López Sergio. Homicidio..... 588

M

Macías Pedro C. contra María Teresa Hallam de Vargas por dinero..... 13
Mafla Félix. Homicidio..... 70
Mahecha Helí contra Francisco Montañez. Derechos a una sucesión..... 1
Márquez Justo C. contra Agustín Quintero. Juicio reivindicatorio..... 557
Martínez Delfín contra el Banco del Sur. Rendición de cuentas..... 181
Martínez Jerónimo contra la Nación por perjuicios..... 395
Martínez Pereira Enrique contra la Nación, sobre cumplimiento de una sentencia..... 321
Mejía Belisario contra la sociedad «Hijos de Diego Escobar & Compañía» por dinero..... 351
Mejía Clímaco. Se revoca un mandamiento ejecutivo proferido en contra suya..... 590
Mejía P. Gregorio contra María P. de Osejo, sobre denuncio de una mina..... 455
Mendoza L. E. contra José Jesús Villegas. Terminación de un contrato de arrendamiento..... 564
Mesa Francisco José contra el Departamento de Cundinamarca, por pesos..... 314
Molina Callejas Germán. No se le admite un recurso de casación..... 329
Molina Manuel de Jesús contra Inés C. de Guzmán. Juicio reivindicatorio..... 450
Molina Matilde de, contra Rafael Galvis. Separación de bienes..... 93
Monedero Gabriela contra José Vicente Plaza. Resolución de un contrato..... 386
Monroy Abraham. Heridas..... 35
Monroy Joaquín M. contra Numa Pompilio Lozano. Resolución de un contrato..... 439
Montiel Teodoro. Homicidio..... 258
Montoya Manuel. Asesinato..... 18
Morales Noé. Homicidio..... 574
Mosquera Antonio contra la Nación, por dinero..... 197
Municipio de Girardot contra Hernando Villa, sobre incumplimiento de un contrato..... 276
Municipio de Ibagué contra la Nación, sobre venta de unas zonas de terreno para el Ferrocarril del Tolima. 276
Municipio de Soracá contra el Departamento de Boyacá, por dinero..... 36
Municipio de Tinjacá contra el Departamento de Boyacá, por pesos..... 77
Muñoz Joaquín. Robo..... 390

N

Noriega Gilberto. Homicidio..... 577

O

Obando José Roberto. Homicidio..... 76
Ordóñez Julia contra la Nación. Indemnización de perjuicios..... 416
Orozco Carlos Julio. Circulación de moneda falsa..... 533
Pardo Jeremías. Reforma del testamento de Ignacio Pardo..... 81

P

Págs.

Pardo José J. contra Jeremías de J. Pardo. Nulidad de un testamento..... 305
Pardo Víctor M. contra Francisco Herrera. Nulidad de un testamento..... 442
Parra Olimpio. Homicidio..... 569
Peña Carlos contra la Nación. Indemnización de perjuicios..... 406
Pérez Carranza Miguel. Juicio de sucesión..... 369
Pérez Miguel. Calumnia..... 571
Piedrahita José María contra la Orden Tercera de San Francisco, por dinero..... 244
Pineda Cayetano contra Griselda Vergel de Quintero. Juicio reivindicatorio..... 524
Puche Gabriel contra la Nación. Cancelación de un embargo..... 481

R

Rendón Efraím contra Juan C. Medina. Juicio reivindicatorio..... 138
Restrepo José Félix de. Se honra su memoria..... 428
Reyes Llaña Luis F. Abuso de autoridad..... 220
Reyes Rojas L. contra la Sociedad Agrícola de Cusamán. Nulidad de un remate..... 507
Ríomaya Víctor contra los herederos de Julián Reyes. Nulidad de una hipoteca..... 547
Rivas José Dolores. Homicidio y Robo..... 354
Robinson Frederick W. contra la Nación, por perjuicios. 193
Rodríguez Cipriano contra el Departamento de Antioquia. Incumplimiento de un contrato..... 402
Rodríguez de Castañeda Tulia contra María Ayarza. Nulidad de una compraventa..... 545
Rodríguez Félix Antonio. Homicidio..... 248
Rojas Heliodoro contra Ricardo Tirado Macías. Juicio ejecutivo..... 330
Ruiz Sixtina viuda de Sánchez contra la Compañía Administradora de las Rentas de Cundinamarca. Pago de un seguro..... 283

S

SALVAMENTOS DE VOTO

Del doctor José Miguel Arango:

En la sentencia proferida en el juicio de Delfín Martínez contra el Banco del Sur. Rendición de cuentas..... 185
En la sentencia sobre inexequibilidad del artículo 17 de la Ley 81 de 1931..... 235
En la sentencia sobre inexequibilidad del artículo 8 de la Ley 78 de 1930 y de los Decretos 2161 y 2166 del mismo año..... 238
En la sentencia dictada en el juicio de Sixtina Ruiz viuda de Sánchez contra la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca, sobre el pago de un seguro 289
En la sentencia dictada en el juicio de Carlos Valenzuela Carrizosa contra Hernando Valenzuela sobre nulidad de una disposición testamentaria..... 348
En la sentencia sobre inexequibilidad de los artículos 2 y 6 (letras c y d) y 13 (letra d) del Decreto 495 de 1931, 2 y 16 del Decreto 1031 del mismo año sobre impuesto de canalización..... 492
En la sentencia sobre inexequibilidad del Decreto 911 de 1932 sobre contabilidad oficial y contraloría..... 497
En la sentencia sobre inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 2089 de 1931 sobre organización judicial..... 501
En la sentencia en que se declara que no tiene cabida la acción de inexequibilidad de la Ley 80 de 1931, sobre explotación de petróleos.

Del doctor Enrique Becerra:

En la sentencia sobre inexequibilidad de los artículos 1 (parágrafo) y 12 de la Ley 102 de 1927 y los artículos 6 y 7 de la Ley 72 de 1917 sobre revisión de pensiones..... 161
En la sentencia sobre inexequibilidad de la Ley 72 de

Págs.

1931 y de los artículos 2 y 17 del Decreto 1278 del mismo año 201
En la sentencia sobre inexequibilidad de los artículos 2 y 6 (letras c y d) y 13 (letra d) del Decreto 495 de 1931, 2 y 16 del Decreto 1031 y Decreto 1116 del mismo año sobre impuesto de canalización 493

Del doctor Parmenio Cárdenas:

En la causa contra Luis López por homicidio 142
En la causa contra André Alexis Arjac por homicidio 145
En la causa contra Francisco Alvarez por homicidio 218

Del doctor Ignacio González Torres:

En la causa contra Alejandro González Garcia por abandono del puesto 264
En la sentencia sobre inexequibilidad de los artículos 2 y 6 (letras c y d) y 13 (letra d) del Decreto 495 de 1931, 2 y 16 del Decreto 1031 y Decreto 1116 del mismo año sobre impuesto de canalización 493

Del doctor Juan B. Jiménez:

En la sentencia proferida en el juicio de Carlos Dávila contra la Energía Eléctrica de Bogotá 62
En la sentencia sobre inexequibilidad de la Ley 72 de 1931 y de los artículos 2 y 17 del Decreto 1278 del mismo año 202
En la sentencia sobre exequibilidad de los artículos 2 y 16 letras (c y d) y 13 (letra d) del Decreto 495 de 1931, 2 y 16 del Decreto 1031 y Decreto 1116 del mismo año sobre impuesto de canalización 495

Del doctor Juan E. Martínez:

En la sentencia proferida en el juicio de Efraím Rendón contra Juan C. Medina. Juicio reivindicatorio 140
En la sentencia sobre inexequibilidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 72 de 1930 sobre sufragio de la fuerza armada 167
En la sentencia dictada en el juicio de cuentas de Delfín Martínez contra el Banco del Sur 185
En la sentencia sobre inexequibilidad del artículo 17 de la Ley 81 de 1931 sobre impuesto sobre la renta 235
En la sentencia sobre inexequibilidad de los artículos 2 y 16 (letras c y d) y 13 (letra d) del Decreto 495 de 1931, 2 y 16 del Decreto 1031 y Decreto 1116 del mismo año sobre impuesto de canalización 495

Del doctor Juan N. Méndez:

En la sentencia dictada en el juicio de Carlos Dávila contra la Energía Eléctrica de Bogotá 62
En la sentencia dictada en el juicio de deslinde entre Demófilo Cadena y Emilio Botero 207
En la sentencia dictada en el juicio de Carlos Valenzuela Carrizosa contra Hernando Valenzuela, sobre nulidad de una disposición testamentaria 349

Del doctor Tancredo Nannetti:

En la sentencia dictada en el juicio de cuentas de Delfín Martínez contra el Banco del Sur 185
En la sentencia sobre inexequibilidad del artículo 8.º de la Ley 78 de 1930, y los Decretos 2161 y 2166 del mismo año, sobre impuesto de consumo 238

Del doctor Luis F. Rosales:

En la sentencia sobre inexequibilidad del artículo de la Ley 81 de 1931, sobre impuesto sobre la renta 234
En la sentencia en que se declaran probadas unas excepciones en el juicio del Departamento del Tolima contra The Dorada Extensión Railway Limited, por dinero 425
En el auto que revocó una providencia de la Sala de Negocios Generales en el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra los herederos de Ignacio Alvarino 594

Del doctor Francisco Tafur A.:

En la sentencia proferida en el juicio de deslinde de Demófilo Cadena contra Emilio Botero 207
En la sentencia sobre inexequibilidad de los artículos 2.º y 6.º (letras c y d), y 13 (letra d), del decreto 495 de 1931, 2 y 16 del Decreto 1031, y Decreto 1116 del mismo año, sobre impuesto de canalización 495

Del doctor Juan C. Trujillo Arroyo:

En la causa contra el Teniente M. J. Agudelo, por heridas 30
En la causa contra Alejandro González García por abandono del puesto 264
En la causa contra José Dolores Rivas, por homicidio y robo 356
Sanabria Francisco contra la Nación, por perjuicios 158
Sandoval Lucas. Se declara desierto un recurso de casación 58
Sanjuán Eloy contra Francisco Sanjuán. Servidumbre de tránsito 87
Santacruz Cardenio. Falsedad 251
Serrato Tiburcio contra Benjamín Bravo. Rescisión de un contrato 434
Sierra Alfonso o Luis Alfonso. Homicidio 24
Sierra Benjamín contra la Sociedad Ulen & Compañía. Indemnización de perjuicios 38
Sierra Marco A. Homicidio 58
Síndico de Lazaretos de Antioquia contra Antonio Santamaría. Nulidad de unos contratos 59
Sociedad Anónima de Urbanización Mutuaria contra Rafaela López de Arenas, por dinero 310
Stella Hermanos contra la Nación por dinero 110
Suescún Pedro. Homicidio 33

T

Taborda Germán. Homicidio 212
Tanco Rafael contra la Nación. Juicio reinvindicatorio 591
Torres José contra Rogelio Torres. Juicio reivindicatorio. 15

V

Valenzuela Carrizosa Carlos contra Hernando Valenzuela sobre nulidad de una disposición testamentaria 338
Vásquez Camacho Antonio. Homicidio 473
Vásquez o Barragán José Antonio. Homicidio 190
Vásquez Ortiz Roberto. Se decreta la revisión de un proceso 189
Vega Ana María Rico de contra Antonio Rico. Nulidad de una compra venta 353
Vega Arturo. Homicidio 313
Vélez Blas contra Fermín Tenorio. Nulidad de una partición 243
Vélez M. Germán contra Glicerio Acevedo. Oposición a la adjudicación de un baldío 299
Vélez Posada Fabriciano. Responsabilidad 464
Vieira Celso. Se ordena la revisión de un proceso 474
Villa de González Emilia contra Eladio y Domingo Ochoa. 186
Villa Luis Angel. Homicidio 30
Villarreal Juan B. Homicidio 98
Villate Juan B. contra Anita Villate. Resolución de un contrato 48
Villegas Julio contra Micaelina Pinto. Oposición a un deslinde 505
Villoria Luis contra Antonio Vengoechea. Juicio reivindicatorio 325
Villota Secundino. Falsedad y estafa 469
Visita (acta de) correspondiente al mes de junio de 1932. 141
Visita (acta de) correspondiente al mes de julio de 1932. 142
Visita (acta de) correspondiente al mes de agosto de 1932 189
Visita (acta de) correspondiente al mes de septiembre de 1932 211
Visita (acta de) correspondiente al mes de octubre de 1932 248

Z

Zapata Pedro. Homicidio 573